MEMORIA

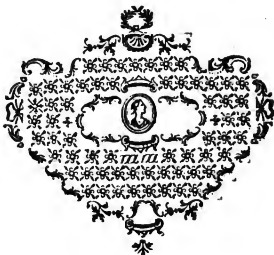
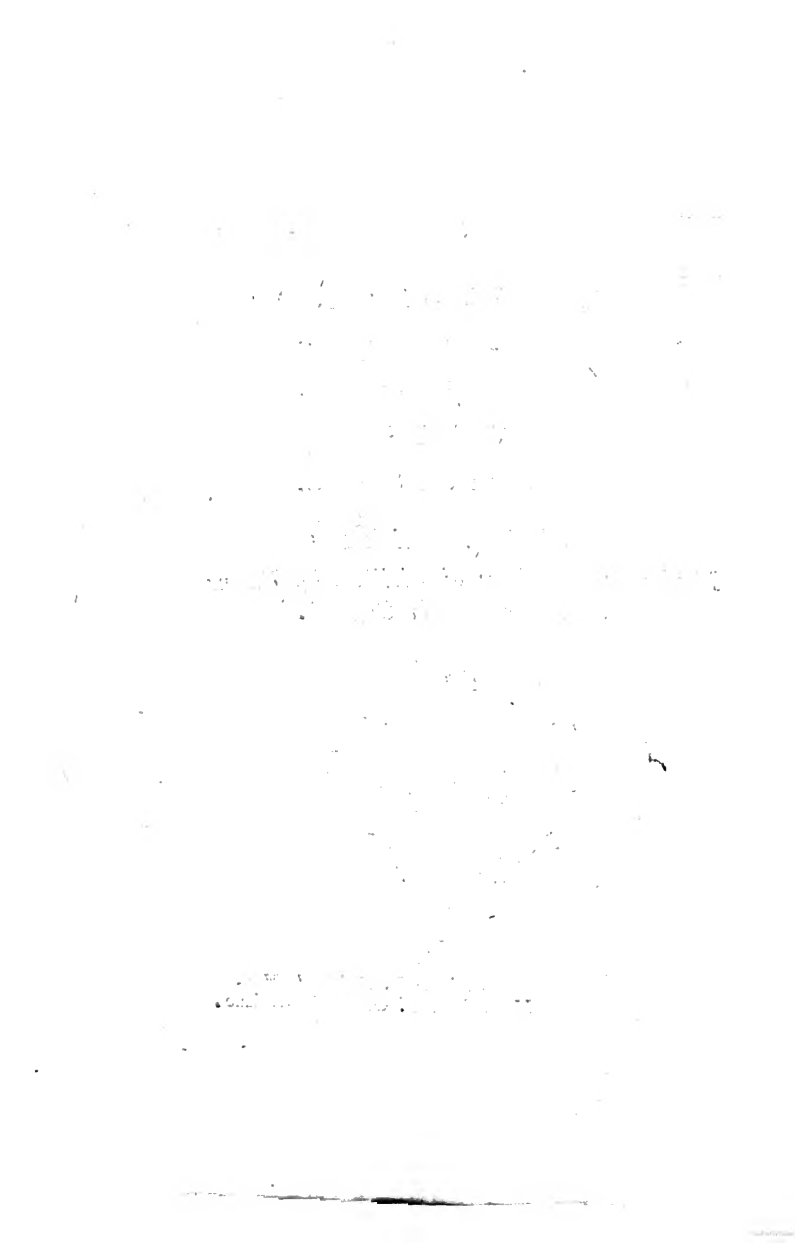
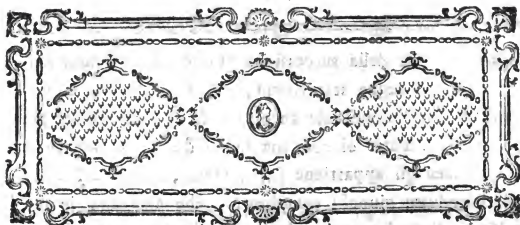
IN SOSTEGNO

Delle Nullità prodotte dall' Illustre Marchesa de Torres

AVVERSO

La Sentenza del S. R. C.

COMMESSARIO

L' Illustre Consultore di Sicilia Sig. Barone D. Giuseppe Maria Cuggini.

Scrivano D. Andrea de Meo.
Mastrodatti D. Giovanni Graziano.

En' antica legge scritta dalla Natura nel cuor dell' Uomo ; è lunga età rispettata, e custodita , facea della successione a' trapassati Giudice inviolabile il più legittimo affetto degli animi . Questo d' uno in altro il possesso de' beni tramandava , ed il suo naturale ordine questi, o quello all' acquisto preferiva (1). Un nobile sentimento di gratitudine alterò la prima fiata

(1) *Ex animorum affectione Testamenta, commendationesque morientium natæ sunt . Cicer. de off. lib. I. Cap.30. Ziegler. ad Grotium de jure belli, & pac. lib. 2. Cap. 6. §. fin. Puffendorf. de jure natut. & gent. lib. 4. Cap.10. num. 2.*

le sacre regole della successione (1): e da così puro fonte le torbide acque scaturirono, che fecer poscia la volontà dell' uomo valevole ancora al di là, ch'ei voler più poteva (2). Fatto ei così con indicibile cura intento a quanto men gli appartiene (3), tanti, e tali del voler suo introdusse giuochi complicati, che naufraga le più volte la direttrice ragion degli affetti soggiacque, o al peso d' una strana volontà, o all' inviluppo d' una complicata espressione.

Le culte nazioni, con lasciare a' Cittadini libero il campo ad un' idea incompatibile di dominio perpetuo, la ragion de' Testamenti inventarono, e adattaron poi pel medesimo principio le sostituzioni, i fedecommessi, le primogeniture, ed altri molti di tai legami, ne' quali è il voler del disponente sempre operativo, e direttore.
Ecco la necessità di leggi, le quali o frenassero lo smodato arbitrio di testare, o ne diriggessero le formole, o

ne

(1) *Grot. de jure belli, & pac. lib. 2. Cap. 7. §. 4. in antea.*

(2) *Heinn. de jure natur., & Gent. lib. I. Cap. XI.* §. 287.

(3) *Seneca de benefic. lib. 4. Cap. II. Non quidquam cura sanctiore componimus, quam quod ad nos non pertinet.*

ne spiegassero il sentimento: col cambiar de' costumi, ecco una perenne cura di variarne o l' arbitrio, o le formole: ed ecco, col diverso avvenimento di dubbiose volontà, il bisogno di certe regole per le possibili contingenze. Vien da questi semi l' enorme mole delle leggi successorie; vengon da essi le tante opinioni de' Giureconsulti: e men grave forse il peso non riuscirebbe, se da quegli ancora lo smodato numero non derivasse degl' Interpetri, e de 'Dottori, che nel cercare uno sviluppo alle umane volontà, vi han tanto portato di confusione, e d' orrore: applicati essi a sistemare, per argomenti di fatto, le oscure operazioni dello spirito, tante ne han formato teorie, quant' i calcoli sono da loro meditati, e l' attitudine di ciascuno nel diversamente combinarli.

Fra queste sirti andò a rompere, a' 10. del corrente anno, la sventurata causa della Marchesa Torres D. Prudenza de Nicastro, la quale ad un punto, e la regola degli affetti, e l' ordinato arbitrio di testare, messi vide in obblio, in non cale, e spogliata, e priva rimanersi del retaggio de' suoi maggiori, spettantele per morte dell' unico di lei fratello Marchese D. Francesco Paolo de Nicastro: Nè a lei non valse la chiara disposizione della legge, le buone guide de' più bravi Interpretri, de' men' oscuri Forensi, ed una Sentenza precedentemente emanata a suo favore; tanto in così fatte cose gioca mai sempre la folla delle contrastate opinioni, la Filosofia de' Giudici, ed un Fato direttor delle contese.

Ad un nuovo pericolo ella oggi si espone . La Religion del Magistrato l'affida, la conforta il suo buon dritto : e col rispettoso rimedio delle nullità, richiamando a novello esame la quistione, spera dilucidar que' dubbj, che il sinistro evento alla di lei ragione portarono.

Stato della Controversia .

LA morte senza figli, avvenuta nel 1786. di D. Francesco Paolo di Nicastro Marchese di Villabianca, aprì la scena a quattro succcessioni, quante le specie erano de' beni, ch' ei possedeva.

Aveva egli beni di sua libera disposizione : ne avea soggetti al Fedecommesso ordinato dal *quondam* Francesco de Nicastro suo prozio: ne avea, compresi nell' altro fedecommesso disposto dalla di lui Avola D. Prudenza Lombardo: Ed avea finalmente il dritto dell' Alboraggio della Città di Manfredonia, fin dall' anno 1459. conceduto a Gio: de Nicastro il Vecchio, e poscia confirmato da' Sovrani Aragonesi.

Non avendo di sè prole alcuna D. Francesco Paolo, invitavano i dritti del sangue alla di lui intera successione la Marchesa de Torres unica di lui Germana : e non avida voglia di pernicioso interesse, ma legittimo natural ordine di affetto, glie la facevan credere incontrastata, e sicura.

Sor-

Sorsero a contendergliela interamente la Marchesa D. Giovanna Visconti di lui Vedova, ed il Nipote Patruele D. Gaetano de Nicastro. Si fondò quella nel Testamento del trapassato suo marito, il quale, di tutt' i suoi beni avendo a pro di lei disposto, aggregò a questi le migliorie, ed altre accessioni da esso., e da' suoi maggiori già fatte ne' beni fedecommessati.

Si fondò l'altro sulla interpetrazione di due Testamenti di Francesco de Nicastro l'uno, e l'altro di Prudenza Lombardo, in ciascun de' quali un familiare fedecommesso erasi ordinato, credendo, che potesse, come Maschio della Famiglia, la più vicina femina escludere. Attaccò anche costui la legittima successione all' Alboraggio di Manfredonia, affidato ad un Testamento, comecchè invalido, del terzo de' possessori dell' Alboraggio stesso, dal quale; facendosi torto a' termini, ed alla natura della Concessione, parea, che si allontanassero dal futuro godimento le femine successive,

Il Testamento di Francesco Paolo faceva assai spedita la domanda della Vedova Visconti: l'uso da lui fatto della facoltà di disporre, era troppo dalle leggi approvato, per non potersi contrastare. Il solo motivo di contendere dipendeva dalla liquidazion de' beni liberi del Testatore, dal buon dritto, e dalla liquidazione delle migliorie. Volea la Marchesa, che tutte l'eredità, piombate in Francesco Paolo, fossero di sua libera disposizione: particolare facea la sostituzione Fedecommessaria, da Francesco ordinata su di sole 32. versure di Mezzanella

in Lucera, sull' alboraggio di Manfredonia, e quella ordinata da Prudenza su que' beni da essa descritti, detratti però da quelli la Trebellianica libera, che anche in lei doveva ricadere.

Le quistioni maggiori erano con D. Gaetano. Pretendea costui interamente esclusa la Marchesa de Torres: la qualità di Donna, in sua sentenza, la rimovea dalle sostituzioni, e da Francesco, e da Prudenza ordinate: la stessa qualità l' allontanava dal dritto dell' Alboraggio pel Testamento d' uno de' Successori della famiglia.

Il S. C. cominciò a dare fra le mille contraddizioni, e tortuosi raggiri, le sue momentanee provvidenze. Ebbe la Marchesa Visconti il possesso di que' beni, su' quali non cadea quistione: un termine ordinario aprì la scena a tutte le involute contese dedotte: ed un sequestro de' beni in contesa, assicurò a ciascuno gli effetti della vittoria.

Chiariti i fatti, e col termine, e con varie perizie, vennesi al punto della finale decisione. Le controversia su' Testamenti dipendevano dalle loro espressioni: furon questi l' oggetto delle più serie meditazioni de' Votanti. La successione però al dritto dell' Alboraggio dipendeva massimamente dalla cognizion della natura di questo dritto, alla discendenza di Gio: Nicastro il più vecchio conceduto. Ecco perciò come a' 20. Settembre 1790. fù tutto giudicato.

Si dichiarò compreso nella sostituzione fedecommessaria ordi-

dinata da Francesco, così due Case, come le 32. versure di mezzanella in Lucera: e di questi fù data la spettanza insieme co' frutti a D. Gaetano de Nicastro, reputando quel tale fedecommesso saltuario mascolino.

Le migliorie, ed accessioni di questi fondi, diunita agli altri beni pervenuti a D. Francesco Paolo, anche da Francesco Seniore; e da Prudenza Lombardo, si dichiarò spettare, insiem co' frutti, alla Marchesa Visconti.

I beni poi contenuti nel Testamento della detta Lombardo, su' quali particolare fedecommesso, e primogenitura avea istituito, fù semplicemente dichiarato spettare, anche co' frutti, alla Marchesa de Torres.

E rapporto l'Alboraggio, fù ordinato, che le parti adissero la Regia Camera della Summaria per la dichiarazione della natura d'un tal drittq, per poi darsi le provvidenze sulla spettanza, e ne fù intanto ritenuto il sequestro (1).

 Se

(1) Ecco le parole della sentenza: *Illa tria corpora, super quibus D. Franciscus de Nicastro testamento fol. 4. vol. 11., particulare fideicommissum ordinavit; nempe binas domos, & Territorium vocatum* Mezzanella *consistens in triginta duabus versuris obventa prius in quondam D. Dominicum de Nicastro, & inde in qu. D. Franciscum Paulum ejus filium, & ultimum masculum de linea D. Domi-*

Se in questa sentenza eravi chi avesse soggiaciuto, questa era certamente la Marchesa de Torres. Eranseie tutti tol-

minici, spectasse, & spectare ad D. Cajetanum de Nicastro una cum fructibus a die mortis dicti D. Francisci Pauli, solutis tamen prius meliorationibus utilibus, vel necessariis, & omnibus accessionibus, sive aggregationibus factis, prout impensum in dictis tribus corporibus, una cum fructibus a dicta die in beneficium Ill. D. Joannæ Visconti, & Nicastro viduæ, & universalis heredis dicti D. Francisci Pauli, ad quam spectant, prout infra: pro quorum fructuum, ac meliorationum, atque aggregationum quantitate liquidanda, Dom. causæ Commiss. de justitia provideat. Bona vero, & jura omnia hæreditatis universalis tam dicti D. Francisci senioris, quam Ill. qu. D. Prudentiæ Nicastro, & Lombardi obventa in qu. D. Dominicum, & post ejus mortem in filium D. Franciscum Paulum, sicuti & meliorationes omnes, accessiones, aggregationesque supradictæ factæ in præcalendatis binis domibus, & territorio Mezzanella *declarentur spectasse, & spectare ad Ill. D. Joannam Visconti, & Nicastro viduam, & universalem heredem dicti Ill. D. Francisci Pauli, una cum fructibus a die ejus mortis. Verum omnia bona descripta in testamento Ill. qu. D. Prudentiæ Nicastro uxoris qu. D. Hieronymi fol. 3. vol. 111., super qui-*

tolti i beni disposti da Francesco de Nicastro : ne avea D. Gaetano avuto la spettanza , malgrado che nel Testamento non si trovava ordinata l'esclusione delle femine. Eransi ammesse a favore della Marchesa Visconti tante detrazioni di migliorie , ed accessioni , senza che i fedecommessarj, in farle , avesser dimostrato volerle ritenere. Si era finalmente sospesa a di lei beneficio la spettanza del dritto dell' Alboraggio , al quale era ella compresa per la legge dell' Investitura.

Pure il primo a dolersene col rimedio delle nullità fu D. Gaetano. Attaccò questi la sentenza , e per quelle parti , che favorivano la Marchesa Visconti , e per quel solo , che favoriva la Marchesa Torres , e per quella be-

---

quibus eadem D. Prudentia particulare, & primogeniale fideicommissum instituit, quæque primum obvenerunt in D. Dominicum , & postea in D. Franciscum Paulum ultime defunctum absque prole, spectasse, & spectare ad Ill. D. Prudentiam Torres, & Nicastro filiam dicti D. Dominici, & sororem dicti D. Francisci Pauli, una cum fructibus a die ejus mortis. Denique pro jure Arboragii, sive Ancoragii in Portu Manfredoniæ, partes adeant Tribun. Regiæ Cameræ pro declaratione qualitatis dicti juris, qua facta declaratione, providebitur, firmo interim sequestro remanente. Neutram partem &c.

nanche che sospendeva la final decisione per lo dritto dell'Alboraggio.

Credè egli, che l'ordinata rifazione delle migliorie fosse d'impedimento all'esecuzione della Sentenza; e che un migliori modo dovesse prescriversi nel tassarsi. Disse a lui spettar l'altro fedecommesso, ordinato da Prudenza Lombardo, e perchè erano in esso i soli maschi invitati, e perchè avea la Marchesa Torres, nel passare a marito nel 1726., fatta formale rinunzia, ratificata poi in Casa del Consorte. Sostenne finalmente, dover valere il Testamento di Gio: Nicastro Juniore, col quale si vincolava il dritto dell'Alboraggio nella successione maschile.

Inerì con più ragione alle nullità la Marchesa de Torres. Il torto da lei sofferto per lo Fedecommesso da Francesco ordinato, era sensibile assai, per non tacersene vilmente: Non poteva, senza un'espressa volontà, esclusiva delle femine, saltar in altra linea il Fedecommesso, trovandosi Ella nella predilettа, ed in grado più vicino al defonto fedecommessario.

Si trattò con Ministri aggiunti la causa; Venuta però a votarsi in tempo di variazioni nella Ruota avvenute, coll' intervento di nuovi Consiglieri, che nel parlarsi non furono, o per altro, che ne fosse il climaterico motivo, soggiacque interamente la Marchesa, e fu così decretato a' 10. Gennajo del corrente anno.

Nullitates obstare quoad bona subjecta fideicommisso particulari disposito per quondam D. Prudentiam Lombardo, ac pro- *in-*

inde bona prædicta declarentur spectasse , & spectare ad D. Cajetanum de Nicastro, una cum fructibus a die mortis quondam Illustris D. Francisci Pauli de Nicastro , solutis tamen prius meliorationibus inseparabilibus , prout minus inter impensum, & melioratum , idemque servetur pro meliorationibus inseparabilibus a corporibus subjectis fideicommisso particulari disposito per quondam D. Franciscum de Nicastro , pro quarum meliorationum liquidatione in biduo audiantur partes ; & quoad jus , sive gabellam Alboragii, suspensa sententia S. R. C., declaretur spectasse , ac spectare ad dictum D. Cajetanum de Nicastro una eum fructibus a die mortis dicti D. Francisci Pauli, solutis in beneficium Illustris Marchionissæ D. Prudentiæ Torres & Nicastro ducatis quincentum, una cum interesse ducatorum quatuor pro centum a dicta die mortis D. Francisci Pauli .

Ecco in forza di questa Sentenza priva interamente una germana del retaggio di suo fratello , anche di quello , che preparato aveano i Maggiori ad una famiglia , della quale ella sola propriamente rimane : Ed ecco come la stessa causa , l'articolo stesso indusse amplissimi , e dotti Senatori in parte a favor di lei , e l' altra a diversamente pensare : Anzi tanta fù in tal seecondo giudicato della Marchesa la sciagura , che chiusi rimaser gli orecchi alla inesione da lei prodotta alle nullità per lo ramo del fedecommesso da Francesco ordinato, della quale verun motto, o parlamento si tenne.

Nè potea così certamente addivenire , senza quel turbine di varie opinioni, dalle quali, come dianzi si diceva , è rimasta oppressa la Giurisprudenza successoria, e confusa in modo , che , qualunque si voglia strano sistema adottare , non manca folla d' autori per accompagnarne gli argomenti . Pura un cotal laberinto ha de' fili per uscirne , e la Filosofia del Magistrato è il più sicuro mezzo per rintracciarlo . La diversità del parere de' Forensi non poggia , che su' ragionamenti della volontà espressa, per ricavarne la tacita , o la presunta . Questa facoltà di ragionare ha direzione , e dal metodo generale di porre in esercizio la retta ragione , e dal dritto Statuto, che ne fissa ne' più casi le norme , dalle quali uscire non si può senza fallo . Richiamandoci a tali principj, ci si dilegua a gran passi la fosca caligine , che ci adombrava ; a misura, che riprende il suo impero la ragione l' autorità scema di forza , ed una contesa , che pareaci dianzi involuta , e dubbiosa , chiara , sicura e d' ogni scoglio lontana ci si presenta .

Questo sentiere, che conduce alla verità, è in questa Memoria battuto , ogni altra via si mostrerà fallace , e tortuosa . Allontanando quello, che oggi più in controversia non cade, due cose rimarranno ad esaminarsi : l'intelligenza della volontà di Prudenza Lombardo per lo fedecommesso da lei ordinato : il merito della volontà di Gio di Nicastro il giovane per lo Alboraggio di Manfredonia . Nella prima apparirà chiaramente compresa la Marche-

chesa de Torres nella volontà della Testatrice, da cui coll' ultima Sentenza si è dichiarata esclusa: E si vedrà nell' altra, ingiustamente allontanate le femine da un beneficio, del quale non avea il beneficiario faccoltà di disporre. Quando su queste due proposizioni sarà portato tutto il lume, che possa indurre l' evidenza, sarà fare un torto all' alto intendimento del S. C. l' esitare un momento della rivoca d' una Sentenza, che ha posto a terra i dritti del sangue, ed il natural ordine degli affetti.

CAPO I.

La disposizione di Prudenza Lombardo comprende la Marchesa de Torres.

NEl 1690. a 15. di Settembre fu rogato il nuncupativo Testamento da Prudenza Lombardo, che s' imprende ad interpretare. Cinque erano i di lei figli: Domenico, Gaetano, Diegoantonio, Michele, e Francesco Maria, verso de' quali un natural pendìo il materno amore guidava. Essi tutti egualmente istituì eredi su di tutt' i suoi beni, tranne quelli, che venne a soggettare ad un particolare fedecommesso.

Di ta' beni, che partitamente nominò, ecco gli espressi ter-

mini, ne' quali ella dispose : *Che da detti suoi figli, ed eredi, o qualsivoglia di essi, non si possano vendere, ed alienare, nè pignorare, nè donare, nè permutare, nè dare in solutum, nè obligare, nè ipotegare, nè in qualsivoglia modo distrarre, ma che sempre, ed in perpetuum debbano stare, e permanere* NELLA FAMIGLIA DEL PRIMOGENITO, E SUOI FIGLI DISCENDENTINO EX PROPRIO CORPORE, ET LEGITIMO MATRIMONIO IN INFINITUM, *etiam ultra quartam, quintam, & sextam generationem, & ulteriorem masculi tantum.* E NON ESSENDONO FIGLI DEL PRIMOGENITO, *subentrino li secondogeniti, o chi tenerà luogo di Primogenitura, e suoi discendenti mascoli nel modo, come di sopra ordinato, e disposto: e detta successione s'intenda successivamente a beneficio del terzo, del quarto, del quinto di detti suoi figli, ed eredi, ut supra istituiti, e loro discendenti mascoli, ut supra secondo l'ordine sopradetto. Verum vuole, che, durante la vita di detti suoi figli, ed eredi, l'usufrutto di detti stabili Fedecommessati, abbia da essere delli medesimi pro æquali parte, & portione, e morendo alcuno di essi, si accreschi alli sopraviventi, o che mora con figli, o senza figli; salva però se fosse il Primogenito, che lasciasse figli mascoli, perchè in tal caso vuole, ed ordina, che detti suoi figli succedano nella porzione dell'usufrutto di detto lor Padre sino a tanto, che si consoliderà colla proprietà.*

La morte della Testatrice aprì il campo alla successione fra

fra i di lei figli: goderono tutti dell' usufrutto, e la morte di non appò l' altro fece estinguerne la personale servitù. Di Domenico Primogenito due furono i figli, il Marchese D.Francesco Paolo, e D.Prudenza Marchesa de Torres. Morì il primo senza prole, e la di lui morte ha trasfuso in costei tutt' i dritti di questa linea. Da Gaetano secondogenito si ebbe Pasquale, da cui è nato Gaetano de Nicastro, il quale oggi alla Zia Patruele il godimento del maggiorato contende.

Ecco la disposizione, ecco il fatto, ecco tutto il dubbio. Venga la ragione a dileguarlo, e sia questa guidata dalla legge, dal buon senso degl' Interpreti, anche dalla Scuola Forense, ma lungi da quella confusione, che ne hanno avvelenata la purità, e la nettezza. Riflettasi il testamento in tutto il suo tenore, veggasi qual sia la specie dell'ordinato Fedecommesso, si consigli l'animo della fondatrice, e la dimostrazione di questo Capitolo sarà portata all' evidenza.

E per non vagare incertamente: egli è da fondarsi per sicuro, che, affin d'escludere l' ultima Femina della linea, ov' è il godimento del fedecommesso, che dicono i Forensi *attuale*, *effettiva*, *prediletta*, e passarsi al Maschio, che dicesi della linea *abituale*, *contentiva*, ei bisogna ammetter quel passaggio, che dicesi *salto* da linea a linea, il quale non è, che una sostituzione, dalla volontà direttrice del Testatore ordinata. Per darsi luogo alla sostituzione, ei conviene, che verificata interamente sia la

 con-

condizione, colla quale si sostituisce, e che, *estando*, non si dà luogo al sostituto ond' è, che concordemente sclamano le leggi, e niuno dubita de' DD., dipendere il caso del *salto* di linea a linea, dalla forza della condizione; imperciocchè dal di lei evento le ulteriori chiamate dipendendo, non posson queste verificarsi senza il concorso di quella.

Or volendo esaminarsi, se in morte di Francesco Paolo de Nicastro senza prole, siesi fatto il caso della sostituzione, o sia del salto alla linea del Secondogenito, mentre in quella del Primogenito evvi una Femina; tutto il nodo della contesa è nell' esame della condizione, nella verificazion della quale si accordò l' invito alla linea sostituta. Quando nella condizione sieno ed i Maschi, e le femine chiamate, non si dà certamente luogo al sostituto, finchè o dell' uno, o dell'altro sesso esistano soggetti: come per lo contrario, se i soli Maschi nella condizione sian posti, il lor difetto dà luogo al sostituto, e le femine esclude.

Le parole della nostra condizione son queste: *E non essendono figli del Primogenito, subentrino li secondogeniti, o chi terrà luogo di Primogenitura, e suoi discendenti Mascoli*. Dunque la condizione è di non esservi *figli del Primogenito*, e per conseguenza essendovi del Primogenito non figli Maschi, ma soltanto una femina, tutta questa contesa dipende dal fissare l' intendimento della parola *Figli*, ed esaminare, se i soli Maschi vi s' intendano compresi, o sia comune ad ambedue i sessi: mentre nel primo ca-

so

so sarà la Marchesa esclusa, inclusa sarà nel secondo.

Ma comecchè questo indubitabile argomento subito portasse a definir la contesa; Uom non essendovi, il quale, in modo di sua ragione abusi, che nieghi il vocabolo *figli* ad ambedue i sessi comune: come nondimeno è agli amici delle dispute piacciuto, portar dubbio su di questa legale intelligenza, volendosi taluna volta l'intendimento di questa assai semplice voce restringere al solo sesso maschile per congetture della volontà, le ragioni della Marchesa Torres saranno in due articoli distinte: Si mostrerà nel primo, che non può senza errore darsi una restrizione al nome di *figli*; E nel secondo, che, ricorrendo anche alle congetture, da natura del fedecommesso, il giro dell'espressioni, e tutto il contesto del volere della Testatrice, al medesimo sentimento perfettamente conducano.

UNa regola di dritto tutta semplice, ed assoluta non solo ci assicura, che nel nome di *figli*, anche le femine si contengano (1), ma che sempre la denominazione del genere maschile al feminino s'appartenga. Netto è il luogo di *Giuliano* nel libro suo singolare *de ambiguitatibus: SEMPER sexus Masculinus, fæmininum sexum continet* (2), dal quale si dimostra: non benigna intelligenza

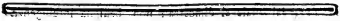
co-

(1) *L. si quis ita ff. de testam. tutel. L. Lucias §. quæsitum ff. de leg. 3. L. Lucias §. Mævia ff. ad S.C. Trebell. &c. &c.*

(2) *L. 62. in fin. de leg. 3.*

cotal comprensione indurre, non una protrazione di sentimento, non una concludente congettura, ma una stabile, e costantissima regola, che, dove il Maschile sesso sia nominato, nominato anche il feminino s' intenda.

Nè io m' immagino potersi quistionare dell' assoluta forza di quell' espressione *semper*, la quale ogni eccezione interamente esclude, ed amplissima, e generale costituisce la regola: così *Pomponio*: *Dotium causa SEMPER, & ubique præcipua est* (1): E *Callistrato*: *SEMPER in civitate nostra, Senectus Venerabilis fuit.* (2). Ed *Ulpiano*: *SEMPER qui non prohibet pro se intervenire, mandare creditur* (3). Lo stesso: *SEMPER in dubiis benigniora præferenda sunt* (4): e *Gajo*: *SEMPER specialia generalibus insunt* (5); ne' quali, ed altri moltissimi, che si tralasciano, per timor di noja, chiari luoghi di legge, vedesi la parola *semper* contenere una intelligenza certa, immancabile, generale, la quale dà luogo ad un' assioma senza difficoltà, senza eccezione.

Ed è da riflettersi, parlar *Giuliano* del caso, che siesi no-

(1) *L.* 1. *Soluto matrim.*
(2) *L.* 5. *de jure immun.*
(3) *L.* 60. *de reg. jur.*
(4) *L.* 56. *eod.*
(5) *L.* 147. *eod.*

nominato il figlio, il fratello, vocaboli di distinzione fra sessi, i quali escludono la comprensione delle femine, secondo il volgar modo di esprimersi (1); non già del caso, in cui siamo, quello cioè, che nel numero del più siensi nominati *figli*: parola, che anche, a norma del volgar discorso, tutt' i *figli* di qualunque sesso, o età, comprende, e rinchiude.

Di fatti *Scevola* ne' suoi Digesti trovò quistionabile, se ordinata la restituzione de' frutti a' fratelli, ne appartenesse anche il dritto alle Sorelle, e rispose affermativamente per la regola generale, ancorchè la qualità di fratello a soli maschi fosse congruente: *Quaesitum est* (ei dice) *an quod heredes FRATRIBUS rogati essent restituere, etiam ad SORORES pertineret? respondit pertinere* (2): eccone il motivo: perchè allora stimano le leggi doversi a ciascun chiamato il suo particolar distintivo adattare, quando il di loro affetto ne' soli nominati restringer si deve, siccome siamo da *Callistrato* avvertiti (3): ove poi questa necessità non assista, collettivi debbonsi i voca-

 bo-

(1) Ottimamente così riflette *Giacomo Butrigario* sulla *l.* 93. *ff. de leg.*3., e *Gio: d' Andrea* nelle sue speculazioni *de succession, ab intestato*.

(2) *L.* 93. §. 3. *de leg.* 3.

(3) *L.* 220. *de V. S.*

boli intendere, ed il figlio, la figlia, il fratello, la sorella, il Padre, l'Avo, il figlio, il nipote comprenderanno ugualmente (1). Di fatti *Modestino*: *Tres fratres, Titius, Mævius, & Seja*: ed in seguito: *Sed postea duo de fratribus, idest Mævius, & Seja* (2), dove la femina del nome di Fratello si onora, e con esso vien confusa.

Nè diversamente della parola *figlio* si trova nelle leggi stabibilito. Nobilmente *Ulpiano* a *Sabino*: *Si quis FILIO tutorem dederit, & plures filios habeat, an omnibus FILIIS dedisse videatur? Et de hoc Pomponius dubitat: magis autem est, ut omnibus dedisse videatur* (3). E non aveva egli precedentemente dubitato, che, disponendo alcuno de' Tutori a favor de' *figli*, s'intendesse anche delle femine, per la ragione, che *filiorum appellatione filiæ continentur* (4), sentenza, la quale nell' ottavo de' suoi libri a *Quinto Mucio* avea di già dichiarata (5).

Io non m' infingo, che alcuna difficoltà si rintracci, in dare al vocabolo *figli* una intelligenza collettiva delle

(1) Gli esempj son rapportati dal *Rebuff.* nel suo Trattato *de V. S.* tanto sulla *l.* 5. che sull' 84. 201. e 220.
(2) *L.* 35. *ff. de pactis*.
(3) *L.* 16. §. 1. *ff. de Testam. tut.*
(4) *d. L. in princ.*
(5) *L.* 45. *de leg.* 2.

le femine. *Giacomo Cujacio* impròntò dall' *Alciato* il dubbio, che propongo, (1) e credè doverne esser giudice la volontà del Testatore, la qual cosa, comecchè da valenti Spositori contraddetta, non pare doversi molto attendere: giacchè lo stesso *Cujacio*, e generalmente ogni Scrittore conviene, che, ove nel numero del più sieno i *figli* nominati, ogni contesa finisca, e le femine si contengano. Anzi se il *Figlio*, o i *figli* disgiuntivamente vengano chiamati, la qualità maschile di *Figlio* niente offende l' inclusione d' ambo i sessi, o che *figlio*, *o figli* si dica, ovver *figli*, *o figlio*; con preporsi l' uno, o gli altri, oppure, che questi sussieguano, o quello (2). E ciò fondatamente si rintraccia, quantunque nel linguaggio de' Giureconsulti introdotto si trovi un distintivo *filiis*, *& filiabus*, *nepotibus*, *& neptibus*, *libertis*, *& libertabus*, *servis*, *& servabus* (3): espressioni, che il puro linguaggio de' Latini non conosceva, al rifletter del *Prisciano*. Le quali ragioni non solo ad evidenza dimostrano la gene-

ra-

(1) *Ad L. 116. ff. de V. S.*

(2) *Cujac. ad l. 116. de V. S. Sive dixerit filio, filiisque, sive dixerit filiis, filioque, nihil refert pluralem, aut singularem casum præposuerit.*

(3) *Ad eamdem leg. in fin. Vide Alciatum ad eamdem legem.*

ralità della regola, che sempre il *genere maschile il femi-nino* comprenda, ma portano eziandio una sicura conseguenza, che, per un proprio, e naturale intendimento, non per estensione, o benigna interpretazione debba ciò addivenire (1).

Quindi è, che non devesi attendere o l'*Alciato*, o altri seguaci suoi, i quali, dalla forza de' locali Statuti abbagliati, son iti spargendo, non per proprio intendimento, ma per improprio, e quasi per estensione, nel nome di *figli*, esser le *femine* comprese: Imperciocchè, ove vedemmo, *semper sexus masculinus femininum continet* . . . *Filiorum appellatione filiæ continentur* (2), non possiam certamente dire per estensione ciò intendersi, nol comportando la parola *continere*, che un proprio, ed interno significato comprende. *Gajo*: *Familiæ appellatione, et ipse Princeps familiæ CONTINETUR* (3): Lo stesso. *In toto & pars CONTINETUR* (4). Ulpiano: *Sed & filius-familias CONTINETUR his verbis* (5): ed altri moltissimi.

Lo stesso in vero dicesi in legge, e *contenere*, e *comprendere*; Chia-

(1) *L.* 62. *de leg.* 3.

(2) *L.* 16. *ff. de Test. Tut.*

(3) *L.* 196. *de V. S.*

(4) *L.* 113. *de reg. Jur.*

(5) *L.* 4. §. 1. *de Edendo.*

245

Chiaramente il dimostra *Ulpiano*, dell'uno, e l'altro vocabolo adattamente allo stesso significato avvalendosi: *Pecuniæ verbum* (dice), *non solum numeratam pecuniam COMPLECTITUR, verum omnem omnino pecuniam, hoc est, omnia corpora: nam corpora quoque pecuniæ appellatione CONTINENTUR, nemo est, qui ambiget* (1): E di cotal espressione spesso veggonsi le leggi usare allora, che della maschile indicazione avvalendosi, ambedue i sessi intendono spiegar inclusi. Così Ulpiano: *Si quis id, quod jurisdictionis perpetuæ causa & utrumque sexum prætor COMPLEXUS EST* (2): e lo stesso: *Verbum hoc & si QUIS tam masculos, quam feminas COMPLECTITUR* (3).

Nè pare, che valga molto quel luogo di *Ulpiano* all'Editto, su' cui tanto poggia il contrario sistema: *Pronunciatio sermonis in sexu masculino ad utrumque sexum plerumque porrigitur* (4); mentre nè quel *plerumque* altro dinota, che *certamente*, nè quel *porrigitur*, estensione dimostra, o improprietà.

Non è da negarsi, che *plerumque* si usi delle volte per *spessissimo*, ed in un senso di regola, che rare fiate soffra

ec.

(1) *L.* 178. *de V. S.*

(2) *L.* 7. *ff.* 1. *ff. de jurisdictione.*

(3) *L.* 195. *ff. cod.*

(4) *L.* 195. *cod.*

eccezione. Lo spiegò *Triboniano*: *Quia PLERUMQUE ubi successionis emolumentum est, ibi & tutelæ onus esse debet: ideo autem diximus PLERUMQUE, quia si a fœmina impubes manumittatur, ipsa ad hæreditatem vocatur, quum alius sit Tutor* (1): dove, per una sola eccezione, dipendente dal nuovo dritto statuto, la general regola dell'avverbio *plerumque* è temperata: ma generalmente questa espressione non si prattica da' Giureconsulti, della proprietà delle voci assai vaghi, che in un sentimento di regola assoluta. *Ulpiano*: *Sed si non mortis causa donaverit tutore auctore, idem Julianus scripsit, plerosque quidem putare, non valere donationem, & PLERUMQUE ita est* (2). Lo stesso: *Si plures sint instituti ex diversis partibus, & omnes invicem substituti, PLERUMQUE credendum & ex iisdem partibus substitutos, ex quibus instituti sunt*. Ed è tanto questa regola generale, che si soggiugne: *Nisi forte alia mens fuerit Testatoris, quod vix credendum est, nisi evidenter fuerit expressum* (3): per cui lo stesso Giureconsulto scrisse: *PLERUMQUE interest viri*

res-

(1) *Inst. de legit. Patr. Tut. in fin.. Vide Calvinum, & Albericum in Lexic. verbo plerumque.*
(2) *L. 7. de tutel. & ration. distr.*
(3) *L. 24. de vulg. subst.*

res non esse æstimatas, idcirco, ne periculum rerum ad eum pertineat (1).

In quanto all'espressione *porrigitur*, nè un estensione *abusiva*, nè un'*improprietà* può comprendere. Non *estensione abusiva*, poichè le interpretazioni de' Giureconsulti mai *abusive* anno a riputarsi, se non ove apertamente l'esprimono: *Ulpiano*: *Verberasse dicitur ABUSIVE, & qui pugnis ceciderit* (2). Lo stesso: *Bona civitatis ABUSIVE publica dicta sunt* (3). Dove però non il suon delle parole favorisce l'intendimento, ma lo spirito, il senso della legge, non si dirà per estensione *abusiva* protratto, ma per *giusta interpretazione* contenuto. Così *Giuliano*: *JUSTA INTERPRETATIONE recipiendum est, ut appellatione FILII, SICUTI FILIAMFAMILIAS contineri respondimus, ita & nepos sæpe videatur comprehendi* (4). E *Paolo*: *Æquum est succurri reo, aut exceptione, aut JUSTA IN-*

(1) *L. 10. de jure dot. Vide Tiraquell. de Retract. Lign. Glos. IX. n. 224. Semper hæc dictio plerumque eam vim habet, ut etiam regulam faciat ex multorum sententia &c. Rebuff. ad L. 195. de V. S. propemodum iisdem verbis utitur.*

(2) *L. 15. ff. 40. de injuriis.*

(3) *L. 15. ff. de V. O.*

(4) *L. 201. de V. S.*

INTERPRETATIONE (1): il qual modo, da far più ampia l'intelligenza d' una voce, interamente allo stesso dritto equivale: così il *Cujacio* riflette sul detto luogo di *Paolo*: *JUSTA INTERPRETATIO*, *idest interpretatio juris civilis, quæ fit à Prudentibus, vel a Judice, & quæ habetur pro ipso jure, pro mero jure civili*: locchè tanto vero è a dirsi, che gli stessi *Cesari*, nella suprema lor potestà, le interpretazioni rispettavaño come parte del dritto, non come un abuso: *JUSTAM INTERPRETATIONEM metuere non debes* (diceano Severo, ed Antonino (2), e Costantino,) *sine aliqua legis interpretatione conceditur* (3).

Per la medesima ragione non può comprendere *improprietà*, giacchè quell' estensione, che dal vocabolo *porrigitur* nasce, non è che una giusta interpretazione, che, già fù veduto, nel dritto compresa. A questo modo troviamo in *Ulpiano* data a' cognati l'azione di richiamare suo malgrado alla libertà il congiunto (4), per lo motivo da *Gajo* additato: *quoniam servitus eorum ad dolorem nostrum, injuriam-*

(1) *L. 17. de Const. Pecun.*
(2) *L. 31. de Interdict. Matrim.*
(3) *L. quamvis C. ad L. Jul. de adult.*
(4) *L. 1. in fin. de liber. caus.*

niamque nostram PORRIGITUR (1); cosa, che avvenir non potrebbe, se un proprio dritto de' cognati *l'interpretazione* non ammettesse.

Nè mai può, senza errore, dirsi *impropria* qualunque estensione da' Giureconsulti usata: imperciocchè se ciò fosse, *improprj* sarebbero i lunghi, e studiati Commentarj, che *Ulpiano*, ed altri Giureconsulti, su gli editti de' Pretori compilarono, ove le precise parole, sulle quali eran composti, spiegarono, distesero, ed adattarono in modo, che furon sufficienti a tempi di *Adriano*, ed indi di *Giustiniano*, a formare un'ampia Giureprudenza. E questo, al parer del *Rebuffio*, è quel tanto, cui nè l'*Alciato*, nè altri badò, in credendo *impropria*, e per *estensione* doversi dire l'inclusione della femina nel genere maschile (2); giacchè, com'ei medesimo altrove avvertisce, o i Giureconsulti diceano *contenere*, o *com-*

(1) *L. 2. eod.*

(2) *In l. 201. de V. S. Et ideo quandocumque invenimus interpretatum ab Ulpiano, vel aliis Jurisconsultis, non dicemus esse improprie, sed proprie; alioquin fere omnes Pretorum edictorum interpretationes esset impropria, quod non est dicendum, & hoc decepit juris interpretes, quod est notandum, quia non ita dilucidatum.*

comprendere, o *estendersi*, o *abbracciare*, sempre *propria* era la loro intelligenza, e non *abusiva* (1).

Che se, al chiaro disposto delle leggi, chieggasi il soccorso delle autorità, e de' DD., costanti ancora vedransi questi principj fra' più diligenti, e' meno confusi. Il Dottissimo *Tiraquello* impiega i suoi rari talenti in sostener quest' assunto, e colle più forti, e convincenti ragioni l'assoda (2): ne' termini, che di *figlio* si dica, espressione nel singolar numero, poco alla femina confacente, così soggiugne: *Quod etsi masculinum non concipiat foemininum PROPRIE secundum rationem recti sermonis, concipit tamen PROPRIE, ET VERE secundum rationem recti judicii*: parole ch' egli improntò dal *Baldo*, e dal *Curzio Seniore* (3), e che da una folla di Scrittori sono state poi copiate.

Lo stesso intese *Giandiletto Durante* nel suo dotto Trattato *de Arte Testandi* (4), *Niccola Intriglioli* (5), *Deciano*

(1) *Ad L. 1. C. eod. tit. verbo porrigitur.*

(2) *De retractu Lign. gloss. 9. §. 1. a num. 128. in antea.*

(3) *Tiraquel eod. n. 126. ubi latissime & in n. 129. Vide Baldum in cons. 433. & in L. Ult. C. de hered. inst. q. 14. Franc. Cur. Senior. Cons. IX. 12.*

(4) Cautela 18. *a n. 1. extat in select. tract. successionum.*

(5) *De substit. Cent. 3. quaest. 58. num. 3.*

no (1), *Trentacinque* (2), *Mantica* (3), *Gabriele* (4), *Sforza Oddo* (5), e altri moltissimi, che noja sarebbe rapportarli, i quali si riferiscono all'opinione del *Decio* nel suo reputato commento della *L. fæminæ ff. de Reg. Jur.*, ove cotal sistema è sodamente fondato.

E quantunque gran stuolo ve n' abbia, che diversamente ha creduto, come però si son dispersi presso l' apparente significato di *protrarre*, *d' interpretazione*, ed altri simili, dimostrato di sopra di *proprio*, e non *abusivo* intendimento, sembra inutile andargli più oltre combattendo (6): come non sembra meritar la pena d' esser confutati coloro, i quali, credendo altro essere il dritto, altra l' interpetrazione del dritto, provenuta

(1) *Cons. 1. num. 26.*

(2) *De substitut. part. 4. cap. 7. num. 9.*

(3) *De conject. ultim. volunt. lib. II. tit. 14. num. 2. & tit. 15. num. 2.*

(4) *De Verb. Signif. Concl. 6. num. 47. & 48.*

(5) *Art. 4. num. 2. in fin.*

(6) Fà meraviglia veramente il *Mantica*, che dopo sostenuto in più luoghi la comprensione delle femine nel nome di *figli*, siesi fatto trasportare dal *Curzio Juniore*, adottando questo sentimento: *Si masculinum genus conciperet fæmininum secundum propriam significationem, in omni-*

ta dalla facoltà legislativa, han formato un terzo sistema, che, non per *propria significazione*, nè per *impropria*, nel nome di *figli* si rinchiudan sempre le femine, ma *per interpetrazione*, tra' quali una lunga filza ne tesse il *Gabriello* al num. 41. della 6. *Concl. de Verb. Significat.*, che quasi copia tutta la 58. quistione della terza Centuria dell' *Intriglioli* al num. 2.

Se dunque una *propria*, ed adatta intelligenza del vocabolo *figli*, ambedue i sessi, per legge, include, non può, come si proponeva, senza un manifesto errore, restringersene a' soli maschi il significato, che diverso non sarebbe, di togliere ad una voce una qualità infissale dal dritto, accompagnata dal commune uso del dire. Avran luogo le interpetrazioni nel nominarsi *figlio*, *fratello*, *alcuno*, *colui*, o altri termini peculiari del Maschile sesso: ma portare innanzi questi dubbj nella collettiva espressione di *figli*: por-

---

omnibus casibus conciperet, *& tamen sunt multi casus*, *in quibus non concipit*, *quos congerit Jason in L. si quis id ff. de jurisd. omn. judicum*: riflessione rapportata anche dal *Tiraquello* nel luogo citato, senza badare, che i casi riferiti dal *Giasone* sono tutti d' indicazione del genere maschile, non di termine adattabile ad ambedue i sessi, come i figli nel numero del più; ma di ciò converrà parlar meglio in appresso.

portargli là, onde le leggi, e l'ordine de' linguaggi l'escludono, è un' abusar dell'ingegno, e ridurre la filosofia a quell' *accervato sillogismo*, che condanna *Giuliano* (1).

MA veggasi come queste indubitabili teorie dalle leggi stesse, e da' più sani Scrittori sienši adattate al caso in controversia, cioè d'essersi i *figli* posti in condizione: e s'esamini, se generale anche sia la regola, che ambedue i sessi vengan contenuti.

E' comune primamente fra tutti il disposto da *Giustiniano*, in ampliazione di quel, che *Papiniano* avea precedentemente opinato, rapporto le sostituzioni. Quest' Imperadore, avendo per guida l'equità naturale, ch'è la vera interpetre degli affetti, dice, non sembrare, che muoja senza *figli* chi o dell'uno, o dell'altro sesso ne abbia (2): e lo stesso par che dettato avesse il Giureconsulto nella tacita condizione *si sine liberis*; parola, che, a sentimento universale, ambedue i sessi, e tutta indistintamente la discendenza comprende (3). Una regola generale stabilita da *Paolo*, ci fa credere, che, ove sievi il prossimo legittimo successore secondo il dritto Statuto, cessino subito le sostituzioni: *Agnatione sui heredis dicendum est*

(1) *L.* 65. *de reg. Jur.*
(2) *Vulg. L. cum acutissimi C. de fideicomm.*
(3) *L. cum avus ff. de condit. & demonst.*

est rumpi substitutionem (1): e non dover noi, per cercar più rimoti successori, il proprio sentimento delle voci tradire (2).

Peregrino tratta questo articolo assolutamente: *Ubi autem* (ei dice) *de FILIIS facta fuit mentio, vel de LIBERIS CONDITIONALITER, CONSTAT MASCULOS, ET FÆMINAS designari primi, & ulterioris gradus ad EXCLUSIONEM SUBSTITUTI* (3): E lo stesso altrove insegnò: *Circa secundam inspectionem, quæ personæ IN CONDITIONE SI SINE FILIIS contineantur, notandum est, omnes descendentes contineri tam primi, & secundi, quam ulterioris gradus, & est casus in d. L. Lucius ff. de Hered. Instit.* (4).

Simone de Prætis, rapportando le molte, ed avverse opinioni, conchiude con più nettezza lo stesso, per due ragioni: l'una di sopra toccata, cioè, che il proprio significato del nome *figli*, ambedue i sessi abbraccia: l'altra, che dessi la volontà del Testatore intendere presso il legale significato delle voci; e perciò, essendo in dritto il nome di *figli* ad ambedue i sessi comune, non può l'e-

(1) *L. 43. de Vulg. & Pupill. Subst.*
(2) *L. 1. C. de condition. inser.*
(3) *De fideicom. art. 24. num. 9.*
(4) *Art. 28. num. 32.*

l' espressione collettiva esser affatto ristretta. Chiamando poi a conti i contrarj Scrittori, loro domanda sagacemente: se il Testatore spiegato avesse nella condizione *figli*, e *figlie*, sarebbevi, che ridire? Or dunque, conchiude, se la voce *figli* comprende il significato d' ambedue i sessi, mettendo in condizione i *figli*, non ha egli posto le figlie ancora? (1)

Il *Cardinal Mantica* adotta i stessi principj; *Hæc verba, SI DECESSERIT SINE FILIIS, debeat referri ad intellectum juris communis. Atqui FILIORUM appellatione ex interpretatione juris communis FILIÆ continentur, ut proxime dictum fuit, ergo filiæ quoque excludunt substitutum* (2).

Il *Gabriello* discettando dell' assioma: *MASCULINUM concipit FÆMININUM: amplia*, dice, *ut idem dicendum sit in substitutione facta, si quis decesserit SINE FILIIS, quæ tam in FILIIS MASCULIS, quam in FÆMINIS verificatur* (3).

Nic-

(1) *De interpretat. ultim. volunt. lib.* 3. *Dubitat.* 3. *Solut.* 1. *num.* 24., & 25.

(2) *De conject. ultim. volunt. lib. XI. tit.* 14. *num.* 4. *vide concordantes plerosque. Ibidem num.* 7., & 8.

(3) *Conclus.* 6. *lib.* 6. *de Verb. Signif. n.* 8. *Confer. DD. quos congerit.*

Niccolò Intriglioli, che sì nobilmente scrisse delle sostituzioni, andò nella medesima sentenza, e seco un turbine di Scrittori, che al suo solito raguna (1).

Vincenzio Fusario in più luoghi sostien lo stesso, e tutti richiama i Scrittori, che in tal sentimento lo precederono, ed aggiugne anche una novella ragione: *Quando testator posnit FILIOS in conditione, dicitur illis reservasse jus succedendi ab intestato, sed feminæ ab intestato succedunt, sicuti masculi, ergo feminæ continentur in conditione* (2).

Giacomo Menochio, che fu inventore di questo argomento (3), ove da pressanti congetture, delle quali molto era vago, non fosse a contrario parere menato, generale afferma la regola, che, nel nome di *FIGLI* posti in condizione, sian le *FEMINE* comprese.

E così, per non andar molto lungo in sì chiare cose, una folla di accreditati Autori ha sempre opinato (4), ed han così

---

(1) *De substitut. Centur. 3. q. 58. per totum.*

(2) *Quæst. 402. num. 22.*

(3) *Cons. 95. num. 21.*

(4) *Cephal. cons. 306. e 433. num. 2. Decian. cons. 12. num. 11. Oddo cons. 6. num. 1. Thesaur. decis. 188., aliosque presertim relatos ab Intriglioli loc. cit. Bruneman. in L. cum Testatorem. 2. ff. de Condition. Inser. Mansi Consult.*

così sempre i Tribunali più cospicui, tanto ne' termini sostituzione fedecommessaria, quanto in quelli di Primogeniture, e Fedecommessi, giudicato.

Non è, che io voglia obbliar que' Scrittori che a larga copia la materia fedecommessaria esaminando, sien di parere, potersi per congetture altrimente pensare della condizione *si sine filiis*; inducendosi o una prefissa idea di agnazione, o una tacita *repetizione di qualità*: Sono quest' i mezzi, co' quali hanno essi alterata la generalità della regola, ed introdotto tanti dubbj, ove non dava il dritto, che lume, e chiarezza. Ma se il peso delle autorità in questo Secolo di ragione, debba valer tanto, che, a danno del saper legale; per trè età è valuto: o piuttosto richiamarci dovremmo a quella libertà di pensare, che un felice governo garantisce, non è il luogo da definirlo: la necessità della causa mi sprona ad entrare in lagune, che avrei evitate di buona voglia. V' entro per tanto e v' entrerò tranquillo, dachè ogni congettura a prò della Marchesa Torres combina: E se alcun v' abbi, che tali Forensi invenzioni gradisca, soffrà ch' io premetta, dover esse con assai di criterio esser ricevute, e le più

sult. 729. *num.* 15., & *Cons.* 79., & 107. *Jo: Dilectus Durante de Arte Testandi Cautel.* 17.

più volte emendate; emendate per altro senza raggiro; senza sottigliezza, e con spirito, che renda il correttore, al dir di Triboniano, *laudabilior eo, qui primus invenit* (1).

ENtrando dunque al disame delle congetture, che il Testamento in controversia esibisce, convien premettere, tanto preponderare il nostro assunto la contraria ragione, che non vi è forza con egual lance vicendevolmente combinarle, ma queste tutte a danno della Marchesa Torres dover concorrere esattamente, perchè alcun effetto producono.

Imperocchè essendo vero, come s'è di sopra assai pruovato, che un giusto, ed adatto intendimento della voce *figli*, apposta nella condizione, ed i Maschi, e le Femine includa, la presunzione del dritto in modo l'avvalora, ed assiste, che il peso d'altrimente pruovarlo, a chi la restrizione contra la naturale intelligenza del vocabolo, allega, interamente rimane (2). Così valorosamente sostiene il *Duareno*, per la chiarissima ragione, che la presunzion del dritto, essendo una pruova efficace, non può per argomenti essere abbattuta, se non con una costante ca-

(1) *L. 1. §. 5. C. de veter. jur. enucl.*

(2) *Allegans fallentiam* (dice il Mascardo) *debet optimis rationibus probare. De Probat. Concl.* 1261.

catena di tali dimostrazioni, che giungano ad eguagliare una indubitabile pruova (1).

A questo proposito *Ulpiano*, dopo assodata la general regola, che la sostituzione comprenda le parti dell' istituzione, e sia da queste regolata, perciocchè altramente potrebbe aver pensato il Testatore, soggiugne con avvedutezza: ***Nisi forte alia mens fuerit Testatoris, quod vix credendum est, nisi evidenter fuerit expressum*** (2): dal qual luogo apparisce, non bastare a distruggere una general regola concludenti congetture, ma bisognare assolutamente una chiara espressione, che diversamente aver pensato il Testatore dimostri. Ed à tale proposito molto bene dice il ***Baldo***: ***Regulæ juris non eliduntur per dubias probationes, seu conjecturas*** (3). Ed altrove, ragionando di termini di restrizione, scrisse: ***Materia exclusiva illud, quod non est expressum, privationem, seu exclusionem non inducit*** (4).

Dal che generalmente i Scrittori non hann' osato negare la necessità di urgenti, e ben combinate congetture, per escluder le femine nell' intelligenza della condizione, ***si sine filiis. Ex iisdem etiam infertur***, dice il Molina, ***quod cum***

(1) *Duareno ad tit. Digest. de Probat. Vide Voet ibid.*
(2) *L. 24. de vulg. & pupill. Subst.*
(3) *In L. 2. C. de bon. posses. secund. Tab. n. 5.*
(4) *In auth. ex Testamento n. 5. C. de Secun. Nupt.*

cum fæmina habeat fundatam intentionem in iure communi, ut, deficientibus masculis ejusdem lineæ, ac gradus, in primogenio succedat, ad hoc, ut ab eo, quod sibi jure communi competit, exclusa censenda sit, exclusio sit evidentissime probanda, ALIAS AUTEM, IN CASU DUBII, IN EJUS FAVOREM SEMPER PRONUNCIANDUM EST (1). Le stesse parole improntò il *Decio*, e da esso il *de Prætis*, ed in questa sentenza tutta è la scuola del Foro (2).

Le quali cose anche più forza acquistano, dacchè non si tratta di escludere una femina, per includere un Maschio della linea stessa, e nel grado medesimo: mà trattasi di far saltare il fedecommesso da una linea in altra (3), che è lo stesso, a buon conto, rimuovere dalla linea effettiva, e prediletta il godimento, per menarlo in altra men cara, ed in secondo luogo rimirata.

Il *Canonico de Luca*, nel suo dotto Trattato *de lineæ Saltu*, la for-

(1) *De Hispan. Primog. lib.* 3. *cap.* 5. *n.* 32.

(2) *Decius Cons.* 15. *Fusar. quæst.* 311. *n.* 6. *ubi fuse id agit.*

(3) Bisogna dunque allontanare tutte le autorità, che attengono al caso della preferenza del sesso; in questa Memoria si trascureranno tutte, ma non avran gli Avversarj, che quelle autorità da portare per sostegno del loro assunto.

forza di questa verità molto bene stabilisce: *Fœmina non excluditur per masculum remotiorem, nisi excludatur expresse, vel per evidentissimas conjecturas: hinc ubicumque non probatur evidentissime, vel per indubitabiles conjecturas, nunquam excluditur* (1): E son queste le sue ragioni. *Rationes sunt, quia filia admissa censetur eo ipso, quod frater ejus successit in Majoratu, excludens omnes usque quo deficiant, qui ex illa linea procedant, & reversionem ad aliam lineam, quousque possidentis linea sit extincta, ratio juris, neque majoratus natura patitur. Secundo, quia est proximior ultimo possessori, cujus proximitas in majoratus successione spectanda est* (2).

Pria di esso erasi così spiegato il *Molina*: *Non inficiamur, quod si ex evidentissimis, & clarissimis conjecturis constiterit, majoratus institutorem ejus voluntatis fuisse, ut fœminæ propter masculos remotiores excluderentur, ea voluntas, qua id precise colligitur, sequenda sit; DUMMODO CONJECTURÆ EJUS QUALITATIS SINT, UT NIHIL ALIUD INDUCERE VALEANT, NEC ALIQUA JURIDICA RATIONE SUBTERFUGI QUEANT* (3). E do-

(1) *De lineæ saltu art.* 12. *n.* 13.
(2) *Ibidem n.* 4.
(3) *De Primog. lib.* 3. *art.* 4. *num.* 38., *idem in cap.* 6. *n.* 32. *de saltu linear.*

dopo coral autorità, *Castillo*, fidato a un prodigioso numero di Scrittori, ha lo stesso confermato (1): e più elegantemente il *Veldsquez* rapportando al suo solito molti luoghi di leggi per sostegno del suo assunto (2).

Con queste premesse immancabili, e certe, chiaminsi a rassegna le complicate congetture da Scrittori inventate, e veggasi qual conto abbiasene ad avere, e quanto mai oprino a distrugger la regola generale, che la Marchesa de Torres assiste.

Ma Dio buono! sarà mai possibile, che nella perpetua contradizione, nella quale in questo genere è la varia sorte degli Autori, possa in alcuno de'loro argomenti tanta fiducia aversi, che si abbia quella evidentissima pruova, capace ad alterare la generalità d'una regola? Basta solo dar occhio all' *Intriglioli* (3), o al *Gabriello* (4), esatti collettori delle pugne Forensi, per riempirsi d'orrore. Non v'ha congettura messa da una schiera d' Autori in campo, che non abbia contro altra del pari gagliarda, e numerosa: una terza specie prende parte nelle distinzioni, mentre altro considerevole drappello le oppugna, ed altra-

(1) *De Conject., & Interpret. Ult. Volunt. lib. 5. Cap. 93.*
(2) *Cons. 97. n. 10., & seqq. Vide LL. quas confert.*
(3) *De substitution. Centur. 3. quæst. 58.*
(4) *De Verbor. Significat. Concl. 6.*

tramente distingue, e per questi, e per quelli v'anno argomenti di leggi, ed autorità di que' stessi, che vengonsi ad oppugnare: ma quel che più raccapriccia, il *Gabriello*, e seco alcun' altro, lascia con indifferenza al lettore il genio di determinarsi, e porge a qualunque de' pareri pruove, ed autorità.

E queste congetture, alle quali poi si riducono tanti e Trattasti, e Consulenti, queste debbono alterare il concorso delle leggi, ed abbattere gli assiomi del dritto? a queste guide affidar si deve la verità, e la giustizia? Ma inutile è il dolersi, discendiamone all' esame.

A Due posson ridursi le congetture, esclusive delle femine, nel caso della condizione *sine filiis*: l'uno è il pensiere di conservar l'agnazione: l'altra, o una tacita, o espressa ripetizione della qualità mascolina, desunta dalla precedente, e posteriore forma di disporre. Quante altre mai ne sono sparse, han tutte in queste due, o parte, o relazione.

Per quanto alla prima, le parole del Testamento niente somministrano per fissarne la contemplazione. Leggendo negli Avversarj, da due argomenti essi la ripetono: dalla proibizione di alienare i beni, acciò sempre si conservino nella famiglia del primogenito, e sua Maschile discendenza: e dall' istituzione de' figli Maschi, e sostituzione ne' maschi ancora. Ma assai deboli son questi argomenti, per poter l'agnazione indurre, la quale ha contro se la ripugnanza del dritto dopo le Costituzioni di *Giustiniano*.

L' antico dritto dava al nome di *Famiglia* un significato assai scrupoloso. Dopo le Leggi delle dodeci Tavole aveano gli Editti Pretorj addolcita quell' idea di *suità*, che riduceva la natura soggetta al nesso civile, introduttore della Patria podestà: ma non avean in tutto portato quel cambiamento nell' ordine del succedere, a *Giustiniano* poi riserbato.

Allora il nome di *famiglia* non solo i Cognati tutti escludeva, ma oltre non passava de' fratelli. *Ulpiano*, in lasciarci un minuto dettaglio dell' intelligenza di questa voce nel di lei più ampio comune significato, non include che i fratelli, i quali stati una volta sotto la podestà medesima, ne serbavano, usciti, l'impropria indicazione (1). Non era lo stesso però definir FAMIGLIA co' termini della Suità Decemvirale, che lasciare i beni nella *famiglia*, ed invitarne gl' individui al godimento d' un fedecommesso: non solo allora tutti gli attaccati alla famiglia, ma anche i liberti, gli affini compresi erano nella chiamata (2). Nè parmi, con buon criterio, citarsi continuamente questa legge, come se le de-

(1) *L. pronunciatio de V. S.*

(2) *Vide L. peto §. fratre L. Lucius §. Lucius L. omnia §. fin. L. cum pater §. fidei heredum ff. de leg. 2.*

definizioni di *Ulpiano* particolari persone toccassero. Il Giureconsulto, ben riflettendo su questa intera legge, apertamente si spiega, non voler difinire i soggetti, che potessero della famiglia indicarsi, ma determinare, intendersi sotto il nome di FAMIGLIA un Ceto, un Corpo, un Colleggio tutto. Di fatti nel primo paragrafo: *Ad personas autem refertur FAMILIÆ significatio, ita cum de Patrono, & liberto loquitur lex familiæ* (1). *Ex eá inquit in eam familiam, & sic de singularibus personis legem loqui constat.* Cessa qui delle persone il discorso, e passa a definir la FAMIGLIA, secondo i varj significati per un ordine, per un ceto. Incomincia perciò il susseguente paragrafo: *Familiæ appellatio refertur ad corporis cujusdam significationem:* dal che chiaro apparisce, non intender più di singolari persone ragionare, ma dell'intendimento della voce, applicata al complesso degl'individui, che ne formano un Ceto. Giovi più, che altra, l'autorità del *Cujacio*: *alias FAMILIÆ appellatio, non personas singulares significat, sed corpus plurium personarum,*

(1) Così ha l'edizione volgata; Alciato legge *loquitur lex; ex ea familia inquit in eam familiam*. Oldendorpio legge diversamente *lex familiæ, in ea inquit familia &c. Cujacio*, e *Rebuffio* seguono la volgata.

rum, quod vel proprio jure constat, vel communi (1).
Egli è perciò, che ove *Giustiniano* nella sua risposta agli Avvocati del *Prefetto* dell' *Illirico* spiegò loro, che al fedecommesso alla *famiglia* lasciato, tutti avessero ad aspirare i cognati, anche gli affini, ed i liberti, come in appresso vedremo; lo stesso dottissimo *Cujacio* non trovò niente di nuovo in cotal sua decisione. *Lex ultima hujus tituli est facillima. Quæritur quid verbo familiæ significetur, non generaliter in omnibus casibus, quoniam verbum illud est multiplex, sed in legatis tantum, aut fideicommissis, cum quis legat rem aliquam familiæ suæ, vel cum rem legatam uni petat, ne is eam alienet extero, sed ut eam relinquat in familia* (2); e pressochè le stesse parole usa *Francesco Balduino* nel suo Commentario delle 50. Decisioni di *Giustiniano*, ove a questa perviene.
Nè può credersi, come taluno ha pensato, che tolta da *Giustiniano* ogni differenza fra gli agnati, ed i cognati, dovesse così la voce *famiglia* essere intesa: dappoicchè se l' epoche si combinino, vedrassi, alla riferita mutazione del dritto di succedere, aver d' un anno questa legge preceduto: nè si avvale *Giustiniano* de' soliti suoi enfatici ter-

(1) *Ad h. L. tom. 8. Vide Alciat, & Rebuff.*
(2) *Ad L. ult. C. de V. S.*

termini, allorchè l' antico dritto abbatte, ed innova (1). Sicchè la definizione di *Ulpiano* non inducendo a fissar ne' soli agnati il godimento del Fedecommesso alla *famiglia* rimasto, restane tutto l' appoggio di coloro, che han diversamente pensato, prendendo norma da questa legge, interamente distrutto, e da non averSene conto. Ma veggasi, dopo annullata la crudeltà della *legge Voconia*, dopo ammessi i *Cognati* a succedere in difetto degli *agnati*, e priacchè questa distinzione si togliesse, i precisi termini, de' quali *Giustiniano* si avvale, perchè sicura cosa sia dal nuovo dritto rimanere l' antico, sebbene contrario, all' intutto abolito: *Si quis*, ei dice, *per suum elogium fideicommissum FAMILIÆ SUÆ reliquerit, nulla speciali adjectione super quibusdam certis personis facta, non solum propinquos, sed etiam, his deficientibus, GENERUM, & NURUM: Eos enim nobis humanum esse videtur ad fideicommissum vocari, ita videlicet, si matrimonium morte filii, vel filiæ fuerit dissolutum. Hoc eodem valente, & si quis rem*

 im-

(1) Ciò si vuole esser detto per ovviare a coloro, che per forza dello Statuto esclusivo delle femine cercano evitare la spiega della *L. fin. C. de Verb. Sign.*, ove anche senza questa comunione di dritto di succedere, il fedecommesso alla famiglia lasciato, perveniva a tutt'i congiunti, l'argomento svanisce perfettamente.

immobilem cuidam legaverit, vel fideicommiserit, eamque alienare prohibuerit, adjiciens, ut si hoc fideicommissarius preterierit, FAMILIÆ SUÆ *res adquiratur* (1).

Qual più chiara, qual più sicura dimostrazione può di questa desiderarsi, perchè nell' invito alla *famiglia* fatto, tutt' i congiunti, contenuti sotto il nome di *propinqui*, siano indistintamente compresi? (2) Qualunque voglia dirsi l'intelligenza di quel luogo di *Ulpiano*, dianzi abbastanza spianato, ove da una legge del Codice sia così apertamente la cosa definita, v'è più luogo a dispute, a congetture, a quistioni?

Nè vuol troppo credersi al per altro dotto *Fusario*, il quale pensa, che dagli usi del linguaggio sia tolto al nome *famiglia* così ampio intendimento (3); perciocchè al contrario i nostri usi tutta la congiunzion del sangue ragunano. L'Enfiteusi Ecclesiastiche, le Successioni Feudali, che han tanto ristretto progresso, l'ammettono: niuna legge posteriore si ha, che l'escluda. I stessi Italiani Statuti non gli sono di pregiudizio, giacchè non escludono i cognati, o li fanno susseguire agli agnati, ma dan solo, nel

(1) *L. fin. C. de V. S.*

(2) *Vide Hotman. verbor. jur. verbo propinqui, & Cujacium ad h. t.*

(3) *Consil.* 169. *n.* 39.

nel concorso in egual grado, a questi la preferenza. Gli usi dunque han potuto indurre l' esclusion de' cognati, quando essi con gli agnati in egual grado concorrano, non ove i primi più prossimi, e della linea ov' è il godimento; questi più rimoti, e d' altra linea (1).

Giova riflettere, che, nell' aspetto più fausto agli agnati, la voce *famiglia* ha prese mai sempre quell' intelligenza, che l' ordine le prestava del succedere (2). Così il fedecommesso lasciato alla *famiglia* godeasi dal più prossimo, al dir di *Papiniano*, malgrado che tutti gl' individui la *persecuzione* ne avessero. Or se a tempi di *Ulpiano* erano i cognati dopo gli agnati invitati alla successione: se posteriormente cotal differenza da *Giustiniano* fu tolta: se lo Statuto Napoletano dà la sola preferenza a Maschi nel grado medesimo: se, a buon conto, i cognati son sempre abili a succedere, ed a rappresentare la vi-

(1) *Paschal. de Virib. Patriæ Potest. p. 4. cap. 9. n. 37. & in fin. Ricci in addition. ad decis. 581. Vinc. de Franc. in fin.*

(2) *d. L. peto de leg. 2. §. 3.: Quid ergo si non fuerint ejusdem gradus? Ita res temperari debet, ut proximus quisque primo loco videatur invitatus: aperte Mantica de conject. ultim. voluntat. lib. 8. tom. 12. num. 11., & Paulus de Castro in d. l. fin. C. de V. S. num. 5.*

cinanza del grado; ov' è, che gli usi posteriori alterato abbiano la forza della legge?

Ma non solo ciò può dirsi apertamente dopo la decisione di *Giustiniano*, mentre anche, secondo il dritto de' *Digesti*, in cotal guisa fu opinato da valenti Giureconsulti intorno al fedecommesso lasciato alla *famiglia*: che anzi fu creduto gli agnati, ed i cognati indifferentemente, colla sola preferenza a' primi, a tal fedecommesso concorrere, ed, in lor mancanza, que' che del nome erano del Testatore, come gli affini, i liberti: di tal che *famiglia*, in genere di Fedecommesso, più ampia intelligenza avea di *cognazione*. Chiara è la definizione di *Modestino*: *In fideicommisso, quod FAMILIÆ relinquitur, hi ad petitionem ejus admitti possunt, qui nominati sunt, aut post omnes eos extinctos, QUI EX NOMINE DEFUNCTI FUERINT EO TEMPORE, QUO TESTATOR MORERETUR* (1).

Non un vano pensiero m'induce à così interpetrare le parole *ex nomine defuncti*: E' *Giacomo Cujacio*, che ne somministra l'autorità: *Nam valde notandum hoc est, fideicommissum FAMILIÆ relictum pertinere etiam ad eos, qui, moriente Testatore, in rerum natura non fuerunt, nec enim idem est familia, & cognatio... In hoc igitur genere fideicommissi la-*

(1) *L. omnia §. fin. de Leg. 2.*

latius FAMILIÆ *accipitur*, *quam* AGNATIONIS, *sive* COGNATIONIS *nomen* (1).

Potrebbe rispondersi, non essere l'attual ragionamento d un fedecommesso lasciato alla *famiglia*; ma d'una espressa volontà, che i beni in *famiglia* rimangano. Se questa opposizione si faccia, agevole sarà il dileguarla con *Papiniano*, il quale apertamente definisce, l'uno, e l'altro la medesima cosa dinotare: eccone le parole: *Fratre herede instituto, petiit, ne domus alienaretur, sed in* FAMILIA *relinqueretur: si non paruerit heres voluntati, sed domum alienaverit, vel extero herede instituto, decesserit, omnes fideicommissum petent, qui* IN FAMILIA *fuerunt* (2). La sola differenza, fra l'un modo, e l'altro d'invitar la *famiglia*, consiste, che in uno si dirigge la volontà agl'individui della *famiglia*, nell'altro affatto non si dirigge: ma *Cujacio* su questa legge, rilevando al suo solito tal nobile differenza, dimostra, potersi alla *famiglia* il fedecommesso lasciare, ed ancorchè a'suoi individui l'orazione non si rivolga, sempre lo stesso vengasi a dinotare: anzi trovando, che, per virtù di tal differenza, l'inesistenti possano essere invitati, ne trae la descritta conseguenza, *più ampio* esser ne' Fedecommessi

(1) *In lib. LXX. quæst. Papin. ad L.69. §.3. de Leg. 2.*
(2) *L. peto §. 3. ff. de leg. 2.*

il nome *famiglia*, che quella di *cognazione* (1).

Perciò è, che nel Fedecommesso alla *famiglia* rimasto, o con diretti, o con obliqui termini, ha ciascuno sempre opinato, essere tutta la congiunzion del sangue indistintamente, col solo dritto di preferenza a' Maschi in egual grado, assolutamente compresa.

Sentasi *Bartolomeo Romuleo*, il quale di proposito tratta una tale quistione nel titolo *De Testatorum praeceptis bona extra FAMILIAM alienare prohibentibus*, ove al numero 113: *Tertio quaero: Testator prohibuit bona sua alienari EXTRA FAMILIAM, quia volebat perpetuo manere IN FAMILIA, an FÆMINÆ SINT ADMITTENDÆ. Et videtur, quod non, quia faemina licet sit agnata, tamen agnatio desinit in persona ipsius l. pronunciatio in fine de V. S. CONTRARIUM DD. COMMUNITER VOLUERUNT, UT FÆMINÆ ADMITTANTUR, QUIA SUNT AGNATÆ, L. voluntas C. de fideic., & postea faeminae possunt suos descendentes instituere, ex quo sunt de venientibus ab intestato: ita in terminis voluit Corneus in Cons. 230.*

Anton Peregrino: *Agnationis autem nomen magis amplum est, nam continet omnes personas cujuscumque gradus per virilem sexum conjunctos, descendentes, ascendentes, & transversales, masculos, & faeminas per masculos conjunctas*: e dopo rap-

(1) *Vide quaest. Papin. pagin. loc. cit.*

rapportate varie contrarie opinioni ne' casi di prett' agnazione, conchiude: *Sed contra urgenter obstat*, NAM FÆMINÆ EX MASCULIS DESCENDENTES SUNT DE AGNATIONE, ET DE FAMILIA, *ideo, re prohibita alienari extra* FAMILIAM, *non videtur interdicta, sed concessa alienatio* IN MULIEREM EX MASCULO NATAM, ETIAM QUOD NUPTA IN ALIENAM FAMILIAM; *unde adversus præfatorum auctorum sententiam, ut* FÆMINÆ AGNATÆ COMPREHENDANTUR IN FIDEICOMMISSO RELICTO FAVORE AGNATIONIS, ET CIPPI *consuluit Parisius Cons.* 35. *lib.* 3., *& in Statutariis dispositionibus idem Parisius cons.* 47. *num.* 55. (1).

Il *Cardinal Mantica*: *Nomen* FAMILIÆ *largius accipitur: nam per dictam legem ultimam ad fideicommissum* FAMILIÆ *relictum admittuntur non solum* MASCULI, *sed etiam* FÆMINÆ, *& non solum* DESCENDENTES, VERUM ETIAM ALII CONJUNCTI, *quin etiam admittuntur ii, qui neque agnatione, neque cognatione aliqua sunt conjuncti, ut explicat Raphael Cumanus . . . & Cravet in cons.* 656. *egregie respondit, filiam Testatoris agnatis collateralibus ex substitutione præferri, quando sunt vocati proximiores ex linea masculina, quo casu non negat agnationis fuisse habitam rationem, sed ait filiam quoque pro-*

B 6 *prie*

(1) *De fideicommissis Articul.* 22. *num.* 26.

prie agnatam dici, ut probat num. 8., & infra. Sed advertendum puto, quod cum fere per Universam Italiam extet Statutum excludens fœminas propter masculos, Testator præsumitur de masculis sensisse, sic tamen, ut, deficientibus masculis; FÆMINÆ ETIAM ADMITTANTUR, QUÆ FAMILIÆ APPELLATIONE PROPRIE CONTINENTUR (1).

E così di mano in mano tutta la più sana parte de' Scrittori, anche di coloro, che, al dir del *Cardinal de Luca*, niente di quieto han voluto rimanere (2); sempre per lo stesso pressante motivo, d'esser la femina, anzi la cognazione tutta, nella *famiglia* compresa, serbata solo, per forza dello Statuto, la preferenza a' Maschi nel grado medesimo.

E' vero, che una lunga folla d' Autori in diverso parere travii, allorchè siesi dal Testatore contemplata l' agnazione; ma sembra il più bel sofisma del mondo trattenersi in tal contesa, cercando sempre il principio. Voler contemplata l'agnazione per la cura espressa di serbars' i beni nella *famiglia*; e voler questa intelligenza fra soli Maschi ristretta, per essersi l' agnazione contemplata, è un fare della stessa proposizione e tesi, e pruo-

(1) *De conject. ultim. volunt. vol. lib.8. tit.12. n.7., & 8.*
(2) *De fideicom. discurs. 35.*

pruova , ch' è certo indicibile assurdo.

Lo sforza Oddo, di tali cose intesissimo, dà quattro intendimenti alla voce *famiglia* , ma restringendo uno di essi a soli agnati, cerca altronde argomenti per definire il Giudice al significato, nel quale prender lo debba (1).

Lo stesso pratica il *Menochio* (2), il *Castillo* (3) , ed altri molti; ma questi argomenti stessi fan chiaramente credere , non esser la contemplazion della *famiglia* sufficiente congettura dell'agnazione, se non apparisca essersi la medesima avuta in mira : nel qual solo caso l' intelligenza del vocabolo *famiglia* a' soli agnati si restringe.

Il gran dubbio è questo : se non importando per se stesso il vocabolo *famiglia* genio d' agnazione, possa, per congetture, questa dimostrarsi in un genere di Fedecommesso da una femina ordinato.

Rammentisi, esser nel caso, di passare ad altra linea il Fedecommesso, e definir l' articolo, se la femina della linea prediletta debba cedere al sostituto: caso , a cui le sole mire debbonsi diriggere, per allontanare alla meglio la confusione de' discrepanti pareri . Quanto perciò altri dica

 in

(1) *De fideicommis. quæst.* 8. *art.* 2.

(2) *Lib.* 4. *præsumpt.* 88.

(3) *De fæminar. esclusione , vel inclusione in majoratu lib.* 2. *cap.* 4.

in ispiega delle diverse chiamate, che ne' Testamenti si rinvengono, non è da far contrasto alle massime speciali del caso, in cui siamo, nel quale, come vedremo, nè gli usi offendono d' Italia; nè le vaghe congetture prodotte dal fecondo genio de' Trattatisti.

Ne' nostri termini l'eccellente *Mantica* tratta la forza delle congetture, capaci ad indurre l'idea dell'agnazione, e dice così: *Illud etiam notandum est, quod si non apparet testatorem habuisse animum conservandæ agnationis, tunc nihil facit, quod agnati fuerint substituti, ut judicatum scribit in specie Socinus Junior in cons. 30. num.2. vol. 4. NON ENIM A RATIONE CONSERVANDÆ AGNATIONIS LICET ARGUMENTARI, SI NON SIT EXPRESSA Bartol. in L. liberorum n. 12. in fin. ff. de V. S., Alexander in cons. 97. num. 7.* (1). E ragionevolmente, perocchè, in caso diverso, riuscirebbe quella ricerca di principio, che di sopra fu avvisata.

Nel medesimo sentimento è il *de Prætis*: *Idem consequens est, TALEM RATIONEM CONSERVANDÆ AGNATIONIS ITA SOLUM CONSIDERARI, PRÆSUMI, ET ATTENDI, AC SI NOMINATIM PER TESTATOREM ESSET EXPRESSA IN TESTAMENTO* (2).

Nè

(1) *De conject. lib. XI. tit. 14. num. 7.*

(2) *De interpret. ultim. volunt. lib. 3. solut. XI. num. 5.*

Nè diversamente in più luoghi il *Decio*: *Non sufficit testatorem aliqua voluisse, nisi disponat, L. quidam cum filium, ubi Bartol.* ET QUIA RATIO AGNATIONIS CONSERVANDÆ CUM NON SIT EXPRESSA, NON ATTENDITUR (1).

La qual cosa è assai più vera ne' Testamenti delle femine. Un genio di perpetuare il suo nome ne' discendenti con un lustro, che faccia gloriosamente di essi rammentare, indusse gli uomini all'invenzione de' progressivi fedecommessi, de' maggiorati, e Primogenj: or se, al creder d' *Ulpiano*, la qualità delle persone deve indurci ad interpetrarne la volontà (2), quella di femina esclude affatto ogni coogettura di contemplata agnazione.

Le femine certamente nè prestano a' chiamati il lor nome, nè possono in essi perpetuarsi. Quell' amor proprio, che noi seduce, e che, disponendo, veliamo d' un tenero affetto verso i nostri discendenti, nè può le femine lusingare, nè muoverle a restringere fra successori le di loro beneficenze. Quell' ambizione poi di primeggiar fra suoi, e immaginarsi nel tempo avvenire con rispetto rammentate, dal che solo pare, ch' elle si muovano a fondar de' fedecommessi, non è da tanto, da limitare al solo maschile sesso

(1) *Cons.* 511. *n.* 6. *idem cons.* 315. *n.* 3.

(2) *L.* 12. §. 4. *de usu, & habitat.*

sesso la loro volontà : Al che altri aggiugne , che mai ente si presume aborrire il suo sesso , e dal godimento , che prepara , i suoi simili allontanare (1) .

Quindi è, che se anche ammettersi non voglia, non potersi credere l'agnazione contemplata, se apertamente non si esprima, e pensi andarsi nell'opinion contraria d'alcun altro, che possa cioè per urgenti congetture essere indotta: ove trovasi Testatrice una donna, cessa ogni mezzo, onde metterle in cammino: perciocchè nè la congetturale pruova può dirsi

(1) *Molin. de Hispen. Primog. lib.* 3. *cap.* 5. *n.* 73. *Decima sexta conclusio , quod quando majoratus a fæmina processit , nunquam in casu dubii dijudicandum erit , fæminam propter masculos remotiores ab ejus successione excludendam esse , quod consuluit Ancharanus .*

*Prætis de interpret. ultim. volunt. lib.*1. *solut.*8. *n.*13. *Item ratione qualitatis personæ, si mulier fuerit Testatrix, quod a sua successione non intelligatur excludere fæminas .*

Peregrin. de fideicom. art. 25. *n.* 18. *Tertius casus est , cum fæmina testatur , propiores fæminas , puta filias , excludendo , institutis filiis masculis , & eis si sine filiis vicissim substituti : nam hoc casu ex qualitate personæ testantis , in qua agnationis ratio non est considerabilis , & in qua non est præsumendum , quod proprium sexum odio habuerit ad ea , quæ Ancharanus scripsit .*

ditsi sufficiente a ridurre la di lei volontà ne' stretti termini degli agnati; nè può credersi mai, senza una chiara espressione, il femminil sesso abborrito, ed escluso: Le quali cose non si vuol dire aver luogo, ove sia del dubbio, mentre quando dubbio concorra, non è mai la femina rimossa, ma bensì nel caso, che tutto combinasse ad estimar contemplata l'agnazione, e che spezzar debba la catena di più analoghi argomenti la sola qualità di donna nella Testatrice. Piacemi quest' assunto chiuderlo col *Molina*. *Quod intelligendum est* (ei dice appunto a tale proposito) *etiam quando adsunt conjecturæ, ex quibus fœmina propter masculos excludi potest; ab illis enim ex hac conjectura discedendum erit: alias namque hæc conclusio nullius effectus esset, cum semper, in dubio, fœmina exclusa censenda non sit* (1).

DUnque il precetto di conservarsi i beni nella *famiglia*, non è da per se dimostrativo della contemplat' agnazione: Perchè questa specie di fedecommesso abili non renda a succedervi le femine, bisogna, che sia l'agnazione contemplata; non può questo credersi contemplata per mancanza di chiara espressione che l'induca: se anche, nella più benigna sentenza, voglia per congetture rilevarsi, tutte l'escluda la qualità di femina, ch' è nella Testa-

(1) *Molina loco mox citato in fin. n. 73.*

statrice. Legittimamente da ta' premesse una favorevole conseguenza discende; esser tutto inutile trattenersi nell' esame di tali congetture, e che non vedendosi giammai o d' agnati, o d' agnazione nel Testamento ragionato, non può per alcun verso immaginarsene l' invito, a danno delle femine, chiamate dalla legge al fedecommesso familiare.

SI è per altro finora del generale articolo ragionato, se l' imposta conservazion de' beni nella famiglia operi alcun' effetto alla contemplata idea d' agnazione: Chè si dirà, quando, riducendoci al caso in quistione, si trovi, che nella famiglia contemplata venir non possano i secondogeniti, affatto compresi? Così è certamente, e chiaro apparisce, riandandosi le parole del Testamento. Eccole come giacciono: *Che sempre, ed in perpetuo debbano stare, e permanere nella famiglia del primogenito, e suoi figli discendenti ex proprie corpore, & legittimo matrimonio in infinitum.*

Non è dunque, che avesse la Testarice la sua *famiglia* contemplata, a cui eguali erano così i discendendi del primo istituito, che de sostituiti: Non è, che almeno, come donna, incapace di aver famiglia, ed agnazione, avesse dimostrato voler, che i suoi beni ne' di lei discendenti maschi si conservassero. Contempla la Testatricc la *famiglia* del primogenito, ch' era l' istituito: a questa famiglia i suoi lontani pensieri soltanto dirigge, in essa si trattiene, d' essa unicamente favella. Or diasi alla

voce

voce *famiglia* qualunque piaccia interpetrazione, certo è, che della *famiglia* del Primogenito assi a ragionare, e non d'altra: In questa famiglia, siccome l'ultima femina è fuori dubbio naturalmente compresa, così a quella del secondogenito, o degli ulteriori sostituiti, non può, che per estensione, protrarsi. Una quistione fra le moltissime agitano i Scrittori, se, contemplata in generale la *famiglia*, debba la sola linea *effettiva* del gravato esser intesa, o quella pur anche de' collaterali, che dicono *contentiva*: e quando la contemplazione della famiglia è diretta alla discendenza del gravato, non solo la femina da esso discendente esclude il maschio collaterale, ma non è questo neppur abile ad esser nell' invito della famiglia compreso.

Ove però non la *famiglia* del Testatore venga contemplata, ma quella bensì dell' erede gravato, niente più rimane quistionabile: giacchè la contemplazione non espressa della *famiglia* del sostituito, toglie ogni asilo a' di lui discendenti, di essere alla femina della famiglia preferiti: perciocchè la *famiglia* del sostituito, o non è compresa nella contemplazione, o anche compresa, lo è in secondo luogo; essendo più prossima agnata al defunto la femina della linea *effettiva*, che il maschio della linea *contentiva*.

Ciò si vuole aver detto per escludere anche il dubbio, se ne' sostuiti la stessa contemplazione potesse considerarsi: la qual cosa nemmeno è vera, per non vedersi, nel progresso alle ulteriori chiamate, che fa la Testatrice, mai più di

di *famiglia* ragionare, bensì de' figli discendenti dal secondo, dal terzo, dal quarto, dal quintogenito: nè certamente può quistionarsi altro esser *discendenti*, altro *famiglia*.

Ma voglia il palesato desiderio della Testatrice, di conservarsi nella famiglia i beni da lei disposti, dinotare agnazione, quasi avesse ella detto, *debbano stare, e permanere nell' agnazione del primogenito, e suoi figli discendentino ex proprio corpore*: quali saranno gli agnati del primogenito in questo invito compresi? I figli del fratello, i collaterali, e non la figlia, colei, che ogni dritto dichiara prossima agnata del Padre? Io non credo, che a questo segno si deliri, onde tal assurdo in qualche modo pensi d' introdursi.

AFfin di svellere però fin dalla sua radice questa, per la nostra causa, ombrosissima pianta, mettasi da parte alcun poco, quanto si è finor detto, e seguansi con D. Gaetano Nicastro le congetture, che allega. Due son quelle che produce: I. l'invito de' discendenti del primogenito coll'enunciativa de' maschi nella parte *dispositiva*, e la stessa qualità di maschi nel *digresso* ad altri ordini: II. l'aggiunta di *sempre*, ed *in perpetuo* per la permanenza de' beni nella famiglia.

Per la prima: Strana voglia di contendere può mettere in campo la chiamata de' maschi nella parte *dispositiva*, e nella *disgressiva*, per argomento di agnazione contemplata. V' ha, chi ha detto, il costante invito de' maschi portare un' idea comecchè non sufficiente di agnazio-

zione : ma ove di chiamate dirette , ove d'istituzione , e sostituzione si ragioni, non dove di fedecommesso saltuario, in cui tutt'opera la parte condizionale , da cui la ventura de' sostituiti dipende. Giovi per premessa l'autorità di *Decio*, tanto alla femminile successione contrario: *Nec obstare videtur , quod in pluribus aliis partibus Testamenti, idem testator dum apponit conditionem filiorum, semper de filiis masculis loquatur, quia satis esse videtur, quod in casu substitutionis , de qua agitur , simpliciter de filiis dicat* (1). Dal verificarsi la condizione dipende il salto ad altri chiamati: che dunque o nella disposizione, o nel digresso abbiansi i maschi soli avuti in mira, niente questo inducendo a dar altro senso alla condizione, la quale in poter del Testatore tutta era, e concepire, ed esprimere poteva a sua voglia ; basta , che nella condizione *i figli* sieno, senza distintivo di maschi, chiamati, non v'è luogo a dubitare, che degli agnati esclusivamente non s' ebbe conto.

Per esaminarsi però colla necessaria precisione il merito di questa congettura , si raccordi , che in tutto il Testamento mai di Femine si ragiona : che loro non lasciasi parte : ch' esse non sono o specificamente , o collettivamente escluse : che fu Disponente una Donna , e non por-

(1) *Cons.* 15. *num.* 1.

portò le chiamate oltre la discendenza de' suoi figli. Vale a dire, che à favor della femina della linea del Primogenito concorrono più quistionabili congetture, cioè, se l'esclusion del suo sesso abbia ad intendersi per dar preferenza al Maschio: se l'aver avuto parte, abbial' escluse dal dritto di succedere: se siesi mai immaginata una perenne ricchezza ne' rappresentanti del nome del Testatore: dubbj tutti, che in diversa sentenza molti Autori han menato, e che, trovandosi nell' attual caso perfettamente combinare a prò delle femine, fanno il rimanente della controversia agevolmente a di lor vantaggio piegare.

E per certo quantunque non vada tutta sicura l'opinion di taluni, che affermano, non potere un complesso di congetture valer più, che ognuna di esse valga partitamente: quando non pertanto delle molte controversie da una stessa volontà animate, la più parte fuori contesa a favor della femina concorre, più benigna, e a di lei prò pieghevole intelligenza, almen nel dubbio, meritano le altre. Quindi se anche v'abbia di coloro, che il perenne invito de' maschi credano esser un motivo alla contemplazion dell' agnazione: ove nondimeno veggasi disponente una Donna, che vedemmo già quant' importi: ove mai le femine trovinsi, o espressamente escluse, o tacitamente con lasciarsi loro alcuna parte: ove in fine sia a tal modo scritta la condizione, che il linguaggio delle leggi, ed il comun uso della volgare favella ambedue i sessi includa: se trovi il Giudice di che esitare, nel

nel ricavar la voluta agnazione dall' invito de' Maschi, fatto nella parte dispositiva, e nella disgressiva del Testamento, piegar ei deve, ed a piegar l'invita ragione verso quella parte, che così stretta idea traditrice della natura allontana.

Ma veggasi negli accreditati Scrittori, come dell'invito de' Maschi si pensi.

Luigi Mansi, parlando di tal congettura, scrisse: *Constitutionis Primogenituræ in masculina linea, & sic in masculis non urget: hæc enim masculorum vocatio nullius est momenti, ut agnationem habitam necessario concludat, & apud Doctores omnes, ut æquivoca dignoscitur, & in alio significatu accepta, quod nimirum ex ea, ut ex hac expressione censeatur potius habita a Testatore* RATIO SEXUS ET SANGUINIS, QUAM AGNATIONIS, *ut inter alios advertunt Thesaur. quæst. foren. lib. 2. q. 12. n. 60., Casanet. cons. 38. n. 90., bene Surdus cons. 329. n. 11. & seqq. Immo & quamvis pluries repetita, masculorum tantum prædilectionem ostendit, & nè fæminæ excludantur; non tamen conservationem familiæ contineat, fuit precipua doctrina Ripæ in l. centurio n. 162. ff. de vulg. & pup. sub., & in L. prima C. de pact., ubi testatur hujusmodi conjecturam esse communiter rejectam* (1).

Ed

(1) *Cons. 208. n. 9. tom. 9.*

Ed il medesimo parlando appunto nel nostro caso, anzi con un dippiù, che le femine fossero dal Testatore onorate della dote : *Ad sextam (conjecturam) institutionis masculorum fæminis exclusis , dicitur non sufficere, immo neptis existentia excluditur . . . quando Testator in institutione heredum filios masculos vocavit* , ET FILIOS SIMPLICITER IN CONDITIONE POSUERIT, ET POSTEA MASCULOS SUBSTITUERIT , CONDITIO SI SINE FILIIS NON INTELLIGITUR DE MASCULIS EX COMMUNI (1) .

Giovanni de Castillo : *Rursus cum masculi ad successionem invitari , fæminisque præferri , utque fæminæ ipsæ excludi , alio etiam respectu, quam agnationis conservandæ possint , ob sexus scilicet, & masculini sexus qualitatem personalem* (2) .

Ludovico Casanetta : *Maxime cum potuerint moveri aliis rationibus , vel quia masculos prius natos , etiam cognatos prædiligeret, vel quia masculinitatem in concursu in eodem gradu exportarent , vel quia (quod certius , verosimiliusque est) lineæ & primogenituræ rationem habuerint, inter lineas , non inter agnatos , ordinem designantes , & ex similibus causis . Unde minus recte fit fundamentum in ratione agnationis pro masculis ex fæminis . Cum testatores potuerint ex prædictis , & si-*

(1) *Cons.* 260. *num.* 119. *tom.* 8.

(2) *De conjectur. & interpret. ult. volunt. cap.* 129. *n.* 40. *vide rationes , auctoresque ab eo collectos .*

& similibus causis citra rationem agnationis ad ita disponendum moveri (1).

Il Cardinal Mantica: *Item licet Testator in superiori parte Testamenti fecerit mentionem de filiis masculis, ex hoc non potest dici probabilis, seu evidens conjectura, quod in hac ipsa conditione de masculis tantum senserit, quin imo hujusmodi conjectura, & plerique scripserunt bellissime potest reflecti, & in contrariam sententiam trahi*, NAM SI IN HAC SUBSTITUTIONE IDEM VOLUISSET, NULLA ERAT DIFFICULTAS HOC ETIAM EXPRIMERE (2). Anzi nel caso più forte, che, chiamati i maschi, si fosse usata dalle femine differenza, con lasciar loro la dote, rapportando il parer d' alcuno, che creda l' agnazione contemplata, ripiglia: *Sed tamen hæc ipsa conjectura non videtur posse sufficere, quia potest infirmari, ut superius fuit expositum. Potest dici, quod lex debet esse rationabilis* (3).

Giacomo Menochio, riferendo lo stesso parere, si assoda coll' *Aretino*, e col *Beroo*, e conchiude con essi: *rationem conservandæ agnationis non esse motivam, & finalem, sed*

(1) *Cons.* 38. *num.* 80.

(2) *De conject. ultim. volunt. lib. XI, tit.* 14. *n.* 10.

(3) *Ibidem num.* 14. *vers. sed tamen*.

sed potius opinativam , & immaginativam, cum agnationis conservatio non sit disponentis motus , quia alioquin facile fuisset ei exprimere , & idem scripsisset (1).

Nè mancano il *Molina* (2) il *Fulgosio* (3) il *Mieres* (4), ed altri moltissimi , che lo stesso apertamente sostengono , quasi col medesimo linguaggio, e per quel solo principio , che la chiamata de maschi deve intendersi omessa , ove non è nella parte condizionale del Testamento: e che l' agnazione, non potendosi per congetture indurre , o se si possa , dovendo esser chiarissime, ed incapaci di sovvertimento, non può la chiamata de maschi ad indurre l' idea dell' agnazione giovare ; facile cosa potendo essere , che un dritto di prelazione , non di esclusione la lor chiamata , benche costante, dimostri.

RImane l' altra congettura nascente dalle parole *sempre, e perpetuamente*, dalle quali si vuol desumere la immaginaria idea dell'agnazione . Il trattenersi quì molto è un abusar del tempo, giachè ta' vocaboli altro non dinotano , che

(1) *Cons.* 802. *num.* 77.

(2) *De Hispan. Primogen. lib.* 3. *Cap.* 5. *num.* 50. *in fine* .

(3) *Folgos. cons.* 85.

(4) *De majorat: part.* 2. *q.* 6. *n.* 58.

che progressione, e costanza: vocabili indefiniti, non adattabili per loro essenza nè alla natura dell' uomo, nè a casi, ch' ei prevede, adattati però dal fasto al corso di un' immaginazione, che va a nascondersi nell' infinito.

Il solo caso, nel quale veramente alcuna cosa operano, è quello della prelazione a' maschi: Ove in tal modo sia il fedecommesso concepito, che le femine sieno dall' espressa volontà escluse, e soggiungasi, che *sempre*, e *perpetuamente* debba ciò addivenire, opera questo modo di spiegarsi una specie di regola, che devesi esattamente osservare (1). Odasi per tutti il Manzi: *Dictionem SEMPER, eam vim habere ajunt, ut persona habens qualitatem requisitam a Testatore, intelligatur vocata ad successionem indistincte, in perpetuum, omni casu, & omni tempore* (2). Quindi allora, che trovasi l' agnazione espressamente contemplata, effetto della regola, nascente dalla parola *sempre*, e *perpetuamente*, sarà, che non possa cader interpretazione a favor delle femine: non già, che ove ta' principj considerati

(1) *Vide Peregrin. de Fideicomm. art.* 23. *n.* 2., *& seqq.*, *Fusar. quæst.* 379. *n.* 36., *& cæteros per eum allatos, præsertim Decianum resp.* 1. *n.* 258. *vol.* 1. *& Barbosa dict.* 361. *n.* 2. *& seqq.*

(2) *Cons.* 95. *n.* 9. *Vide Hotmannum cons.* 62. *num.* 12.

siderati non sieno, possano indurgli queste voci, che non portano la chiamata, ma ne fondano la fermezza, e i progresso.

Nella quistione attuale, qualunque il merito sia di tale congettura, è abbattuta dalla qualità della Disponente, e dal modo con cui dispose. Dalla *qualità*, per essere una Donna, in cui non può immaginarsi il pensiere degli agnati, ch' ella mai poteva per *suoi* riconoscere. Dal *modo*, perciocchè il perpetuo godimento ella il volle nella discendenza del primogenito: e senza dubbio, se un principio, regolatore di affetto, e predilezione può far credere nella Testatrice una meditata regola di godimento, esclusivo ne' maschi, cessa questa regola, entrato il fedecommesso nella linea del Primogenito secondo la Testatrice; potea tutti ella preferire i maschi, tutti riconoscendo i figli ne' suoi discendenti; ma secondo il gravato, al quale sicuramente ne' fedecommessi si succede, è impercettibile una preferenza a' collaterali, e gli estranei sulla propria sorella ad esso col più stretto legame della natura congiunta. Sicche ove siesi nel caso, che il Testatore la sua linea contempli, ed in questa voglia il perpetuo godimento, può dare alcun barlume l'espressione *sempre*, e *perpetuamente* a rintracciar qualche idea d'agnazione: ma ove sia contemplata la linea del gravato, ogni congettura da più forte contraria presunzione rimane abbattuta.

Ecco

Ecco il merito delle congetture, che, a richiamare in questa causa l' idea fastosa dell' agnazione, metteva in campo D. Gaetano de Nicastro. A creder mio, son esse in modo abbattute, che non lascian luogo a risorsa: ma se alcuna cosa abbiasi a replicare, negar non si potrà, d' averle snervate in modo, che chiare, ed apparenti non possano mai dirsi.

Or dunque siemi lecito raziocinare così. O vogliasi il parer saggio di coloro seguire, che sostengono, non potersi affatto credere l' agnazione contemplata, senzacchè si esprima: e non trovandola Noi in alcuna parte espressa è follia immaginarla. O vogliasi anche piegare nel sentimento di quelli, che affermano, potersi per congetture la medesima indurre: e come queste per distruggere una regola generale, han bisogno d' essere stringentissime, e chiare, che luogo ad alcun dubbio non rimanga, o che siensi di sopra con tutta nettezza mostrate inconcludenti, o che almen si sia del lor concorso grave dubitazione introddotta, non potran dirsi bastevoli a portar l' idea dell' agnazione, idea abbattuta dal solo motivo di dubitare portato sugli argomenti, che debbono favorirla.

Rimane ora, che della tacita ripetizione si favelli nella condizionale *senza figli*, ch' è il secondo de' proposti argomenti, cui è forza discendere.

Non è men del primo questo secondo articolo da una folla di contrarj pareri assorbito. Molti la negativa, senza una chiara

espressione sostengono: altri l' affermativa, per lo solito gergo delle congetture: ed i più compongono i diversi sentimenti presso la varietà delle circostenze.

In tanta confusione, le tracce che sembranmi più sicure; e che mostrerò più vere son queste: o la Testatrice escluse nella dispositiva, e nel digresso costantemente le femine; o diede a maschi la sola prelazione. Se non escluse le femine, la ripetizione sarà vana, dapoichè saran poste in condizione quelle, che furono contemplate. O poi perfettamente l' escluse, ed allora, trovandosi la condizionale in termini convenienti ad ambedue i sessi, o l' invito delle femine dopo i maschi potrà credersi un caso omesso, e non avrà nemmen luogo la ripetizione, potendosi il vocabolo collettivo *figli* al caso omesso adattare: o non potrà questo figurarsi, e la ripetizione dovrà certamente concorrere. Per la difesa dunque della Marchesa de Torres, dovran due cose pruovarsi. I. Che siano le femine specialmente comprese nella dispositiva e nel digresso del Testamento in contesa. II. Che, ove questo non possa dall' espressioni della Testatrice raccogliersi, la chiamata delle femine, in difetto de' maschi, sia un caso omesso, che la tacita ripetizione allontana.

IL primo assunto ha l' ajuto della volontà, che in questo genere, al dir di *Ulpiano*, fa tutto (1): Ecco com' ella si espri-

(1) *L. ex facto ff. de hered. instituend.*

esprime, dopo la proibitiva d' alienare: *Che sempre, ed in perpetuo debbano rimanere nella famiglia del primogenito, e suoi figli discendentino ex proprio corpore, & legitimo matrimonio in infinitum, etiam ultra quartam, quintam, & sextam generationem masculi tantum*. Queste parole *suoi figli discendentino ex proprio corpore*, contengono certamente, al parer del *Cujacio*, un' ambiguità per lo diverso significato, che somministrano (1): e vieppiù l' ambiguità cresce dalla soggiunta *masculi tantum*, da applicarsi tanto per qualità de' figli discendenti dal primogenito in prima invitati, quanto per disegnazione della discendenza maschile, quasi *figli, e discendenti del maschio solamente*.

Una tale ἀμφιβολία, altri, che la Testatrice non potrà palesarci, ed è forza interpetrarne la volontà col resto della sua disposizione, tanto nella parte dispositiva, che nella condizionale, e nel digresso.

Che abbia ella pensato a un progressivo fedecommesso, non ci resta luogo a dubitare. L'espressione, di cui si avvalse *sempre, ed in perpetuo*, l' altra *in infinitum*, le ulteriori generazioni comprese. Ma nel tempo medesimo, che di tal progresso ella ne assicura, non disegna co' proprj termini gl' invitati, bensì col collettivo nome di *figli*, che comprender puote, per largo intendimento, l'ulteriore discenden-

(1) *In Proœm. lib. Sing. Juliani de Ambiguitatibus*.

za. In linguaggio adunque della Testatrice, il vocabolo *figli* non andava ristretto fra soli cancelli o de' Maschi, o della prole del Primogenito: sapeva ella poter gli ulteriori discendenti dinotare, siccome è per dritto, e conforme ella sagacemente l'usò.

Ed, è da avvertirsi, non esservi in questa parte del Testamento alcuna copula fra *figli*, *e discendenti*, in modo, che in questi ultimi gli ulteriori si intendessero ammessi al Maggiorato: dicesi suoi *figli discendenti ex proprio corpore*, sicchè la voce *discendenti* non appartiene a' Nipoti, o Pronipoti, o altri in appresso, ma dinota una qualità, che aver debbono i figli, cioè discendere dal proprio corpo del Primogenito, e da legittimi natali.

Per la qual cosa rimane innegabile, che nella voce *figli* tutta intese disegnar la Disponente la linea discendentale del primogenito, e ne prese il vocabolo nella più profusa estenzione, che il dritto ammetta.

A confermar quest' argomento, tutto il nesso della disposizione concorre. Nella parte condizionale dice ella così: *e non essendone figli del primogenito*, parole, le quali, se nel ristretto loro senso intender si volessero, non potrebbero il salto in perpetuo verificare, ma nel caso solo, che, del primo invitato, figli non esistessero, la qual cosa nè ella pensò, nè pensar noi possiamo, per non indurre un assurdo, distruttore della volontà, che interpretriamo.

Sic-

Sicchè de' dirsi, che nella condizione *non essendona figli*, avesse voluto dinotare, o figli de' figli, o ulteriori della linea del primogenito, quante volte si dasse luogo alla linea sostituta; e per conseguenza s' avvalse la Testatrice dello stesso vocabolo collettivo, usurpandolo nel più ampio intendimento.

Nè il contrario avviene nel digresso, ove si legge *subentrino li secondogeniti, o chi terrà luogo di Primogenito, e non discendenti Maschi nel modo, come di sopra, ordinato, e disposto*: nel qual luogo, non avvalendosi della collettiva voce *figli*, bensì di quella *secondogeniti*, che di comprensione non è capace, spiega il suo pensiere, soggiungendo per via di espressioni capulativa, *e suoi discendenti maschi*, per non restar ne' primi il beneficio della sostituzione.

Or se il linguaggi di chi dispone esser deve la più sicura scorta ad interpretrarne i sensi ambigui, e dubbiosi, dica D. Gaetano de Nicastro, quali idee intese comprendere Prudenza Lombardo, nell' invitare al godimento del maggiorato *i figli discendenti del Primogenito?* Se la voce *figli* della quale usò, fu, in di lei sentimento, comprensiva de' Nipoti, e degli ulteriori discendenti del Primogenito, com' è che non comprese anche le femine, preferendo loro la discendenza del Maschio?

Intender *figli* anche per femine, è un prenderne la voce secondo il suo proprio sentimento, o almeno (in sentenza de' più fautori a' maschi,) seguendo una giusta inter-

C 3 pe-

petrazione: ma intender *figli* per Nipoti, per ulteriori discendenti, è un prendere la voce nella più ampia, ed estesa intelligenza; è un portar il nome *figli* anche a que' termini, che i latini rare volte il portavano, senz' avvalersi del vocabolo *liberi*. Nel primo caso argomenti stringentissimi alterar debbono la forza della regola di natural compressione de' due sessi nella denominazione de' *figli*: nell' altro le più certe dichiarazioni debbono aggiugnersi, per protrarre il nome di figli a' più lontani Nipoti. In quello la comprensione e naturale, in questo l' estensione è beneficiaria: là dev' esser palesata la restrizione; quì deve l' estenzione dimostrarsi.

E' può Uomo di buon senso immaginarsi, che lo stesso vocabolo, la voce, l' espressione medesima debbano indurre, in sentimento della Testatrice, la sua più ampia significazione, e nel tempo medesimo la più ristretta? che, ove chiama i figli del Primogenito al Maggiorato, intenda de' Nipoti, de' Pronipoti, de' più lontani discendenti, e non intenda delle femine?

Ma due riposte io mi aspetto: l' una, che la voce *figli* a' posteriori Nipoti si potragga per quelle soggiunte *in infinitum, ultra quartam, quintam, & sextam generationem*; l' altra, che, ad esclusione delle femine, concorra quel *masculi tantum*, con cui si chiude il periodo: Non turba l' una, e l' altra il nostro assunto.

Non la prima; da che le voci *in infinitum, ultra quartam*, quin-

quintam, & sextam generationem, quegli argomenti prestano appunto, onde in così ampio intendimento il vocabolo *figli* sia preso. Senza di questi ajuti, ne' figli del Primogenito purificato rimarrebbe il fedecommesso, non soffrendo da sè il termine sì profusa estenzione. Nè perchè taluni aggiunti faccian certo, e manifesto l'esteso intendimento, nel quale abbia il Testatore un vocabolo usato, egli è, ch' essi ne costituiscono la più vasta estenzione: altro è certamente determinarla, altro costituirla. Nel dubbio, gli aggiunti determinano un' ambiguo significato; ma non danno ad una voce quel, che non le compete.

Oltreachè i disegnati aggiunti non servono, che a portar la fermezza del maggiorato, anche oltre il quarto grado, fra i quali l'obbligo della restituzione *Giustiniano* restrinse; e perciò dalla quarta in poi son nominate le generazioni, oltre le quali l'obbligo di restituire dovrà permanere. Sicchè la forza della voce *figli* gli ulteriori discendenti incluse: gli aggiunti determinarono una pruova dell' esteso modo, nel quale ne avea la Disponente usato.

Non turba il nostro assunto la seconda risposta, mentre chi non sa, che nel nome *di discendenti maschi*, o del *Maschio* son le femine comprese?

Anton Fabro con molta saviezza sostiene questo assunto: se (egli dice) per proprio intendimento, i discendenti machi le femine da maschi, e i maschi dalle femine contengono, non si può mai per maschi da maschi la chia-

mata interpetrare , senza volere *non solum divinare , & supplere , sed etiam vim apertam verbis facere* (1).

Non diversamente opinò l' *Alciato* ne' suoi Consigli (2) , il *Bellonio* (3), l'*Alba* (4), e piucchè altri il *Castillo* (5), il quale, dopo aver profusamente la materia esaurita nel cap. 129. delle sue Quotidiane Controversie, altre nuove autorità indi le pervennero, ed appostatamente ne formò il capo 131. dell'Opera stessa.

Giova per tutti ascoltar il *Mansi* , che tutta la materia tratta maestrevolmente : *In decidendo igitur in fideicommissis* MASCULI EX FÆMINA SUB VOCATIONE DESCENDENTIUM MASCULORUM INCLUDANTUR, *semper ea est adhibenda distinctio, quod si ratio agnationis propriæ Testatoris, vel etiam forte institutorum sit EXPRESSE habita a fideicommittente, tunc masculus ex fæmina, tanquam non habilis ad conservandam agnationem, non admittitur : si vero non sit expresse habita ratio agnationis , tunc vocatus proprie , prout masculus ex masculo censeatur, uti sic de verio-* rì

(1) *De error. Fragmatic. part. 2. decad. 28. error 8. n.7. & seqq.*

(2) *Cons. 15. , & 104. n. 9. lib. 9.*

(3) *Cons. 72. n. 22.*

(4) *Cons. 86. n. 4. lib. 1.*

(5) *Cons. 86. num. 4. , & seqq. lib. 1.*

ri concludunt omnes supra relati, & *clarius distinguendo*. *Surd. cons.* 341. *n.* 14.; *Faber decad.* 28.: *quia cum non est habita agnationis ratio, censetur habitus respectus tantum ad qualitatem sexus, qui eodem modo concurrit in masculo ex fœmina, prout in masculo ex masculo*, & *contemplato a Testatore sexu tantum, nil refert, unde masculus descendat, verum satis, ut a primo instituto descendat*. *Neque forte dicatur ex sæpius habita mentione masculorum descendentium induci contemplationis agnationis aliquam conjecturam: non enim ex eo solum, quod masculos descendentes vocaverit*, & *instituerit, dici potest, fuisse ab eo contemplatam agnationem, nisi Testator expresse dixerit, hoc fuisse ratione agnationis conservandæ, Fulgos. cons.*85., *bene Cephal. cons.* 401. *n.* 39. 40. 41., & *ait Marta part.* 1. *de success. legal. d. q.* 1. *art.* 2. *n.* 5., *quod in dubio nisi constet de contraria mente*, NUNQUAM PRÆSUMITUR MASCULINITATIS EXPRESSIONEM AGNATIONIS CONSERVANDÆ ERGO FACTAM ESSE, & *idem repetit part.* 3. *q.* 2. *art.* 4. *n.* 12., & *q.* 1. *art.* 2. *num.* 45. *Faber de error.* 8. *num.* 11., *quod non est præsumendum, Testatorem rationem agnationis habere voluisse, etiamsi solum masculos vocaverit, cum credibile sit, majorem ab eo habitam fuisse rationem sexus*, & *sanguinis, quam agnationis, Surdus: cons.* 448. *sub num.* 23. *vers. sed non omitto, Larrea d. decis.* 34. *num.* 16. *bene Redenasch. dict. cons.* 10. *num.* 102., & *pluribus adductis, Capycius Latro decis.* 128. *num.* 15. 16. 17. 18. *part.* 2., & *aliis alliga-*

 tis

tis. Altogr. cons. d. 66. num. 78. 79. , & *in hac se firmat opinione* , *Castill. lib. 5. cap. 133. num. 20. vers. secundus casus. Et sane palpabilis ratio, quia Doctores omnes unanimi consensu profitentur, quod dum a Testatore est habita ratio conservandæ agnationis, tunc masculi descendentes a fæmina, non admittantur sub vocatione descendentium masculorum, è contra vero admittantur, seclusa dicta agnationis ratione: si autem ex sola masculorum vocatione censeretur inducta agnationis ratio, cessaret utique controversia, quia semper vocatis descendentibus masculis, censeretur quoque insimul inducta agnationis ratio,* & *sic inanis foret disputatio. Verum quia intelligunt DD. ex sola masculorum vocatione non censeri inductam agnationis rationem, inde factum est, ut inquirant, an ex discendentium masculorum vocatione, masculi ex fæmina admitti debeant, quia pro certo supponunt, ex hujusmodi masculinitatis expressione, non probari mentem Testatoris contemplandæ suæ, vel institutorum agnationis, ut hac ratione perpensa declarat ante per eum Cap. 92. tradita Castill. d. cap. 129.* & *num. 45. usque ad num. 50., ubi num. 49. plures, pluresque pro exclusione hujusmodi præsumptionis,* & *comprobatione præfatæ rationis de more cumulat* (1).

Nè

(1) *Consultat. 98. lib. 1. n. 14.* & *seqq.* E prescindendo da tanti de' nostri DD., che maestrevolmente trattano

Nè fa specie la tassativa espressione *masculi tantum*, come se potesse indurre una tacita esclusione delle femine, fer-

ma-

tano la materia de' fedecommessi, evvi il Fulgosio che col celebre suo Consiglio 85. *n.* 1. pare che la controversia definisca: *Queritur* (dic' egli) *an factus sit locus substitutioni Pauperum, ubi videtur non esse factum locum substitutioni, quia nec extitit conditio dictæ substitutionis, quæ est* ***DEFICIENTIBUS MASCULIS DESCENDENTIBUS AB EIS***, *scilicet Dominis Bartolomeo, & Rambaldo de legitimo matrimonio: his namque verbis ex propria significatione continentur etiam* ***FILII FILIARUM DICTI QUOND. DOMINI RAMBALDI***; *nam & masculi sunt, & ab ipsis dominis Bartholomeo, & Rambaldo maxime descendentes & ex legitimo matrimonio, & quod dicantur & vere sunt a Domino Rambaldo masculi descendentes manifeste probatur (in Authent. de hæred. ab intest §. 1. ibi. Si quis igitur descendentium fuerit ei, qui intestatus moritur cujuslibet naturæ, & gradus;* ***ET SIVE EX MASCULORUM GENERE, SIVE EX FÆMINARUM DESCENDENS***, *ut paulo infra; sit tamen, ut si quem horum descendentium sive masculi, sive fæminæ sint, & sive ex masculorum, sive ex fæminarum prole descendunt. Masculi igitur & descendentes recte dicuntur* ***ETIAM QUI EX FÆMINIS DESCENDUNT***, *nec simplici appellatione masculorum descendentium*

so-

mata la Testatrice al solo invito a favor de' maschi, che privativamente contempla.

Non è sulle prime sicura sempre la restrizione, che vuol ricavarsi da sì fatto avverbio: Le spessissime volte non rimane a questa voce, che un significato speciale, il quale una costante preferenza ammette al sesso invitato, non che,

---

soli descendentes ex masculis continentur: Unde non satis fuit legislatori dicere sive masculi, sive fœminæ sunt, sed adjecit, ET SIVE EX MASCULORUM, SIVE EX FŒMINARUM PROLE DESCENDAT, quod fuisset supervacuo adjectum, si masculi descendentes hi tantum intelligerent, quod descendunt ex masculis. Cum itaque supersint masculi descendentes ex dicto Domino Rambaldo, licet ex filiabus, & alii rursum nasci possunt masculi descendentes ab ipsis Dominis heredibus institutis, consequens est, non extitisse conditionem ultimi capitis substitutionis, hoc est pauperum, quæ habet deficientibus Masculis descendentibus, & heredibus institutis, quinimo & si nulli superessent masculi descendentes ab eis, quia adhuc in futurum superesse possunt, & nasci masculi descendentes ab eis, idest ab heredibus institutis de legitimo matrimonio, non diceretur tamen exstare dicta conditio arg. D. de V.O., L. veluti §. 1., & L. quicquid adstringendæ §. 1., & L. ita stipulatus in pr.

che, in difetto di questo, ogn' altro escluda. Ecco come il Bartolo al proposito riflette: *Et sic nota, quod licet hic sit dictio taxativa, tamen auctoritate alterius legis extenditur* (1): tale appunto è il nostro caso; da che, secondo lo Statuto Napoletano, i maschi soli alla successione degli ascendenti vengon chiamati, ma questa loro tassativa abilità non si risolve, che in un dritto di preferenza alle femine nel grado stesso, non già in quello di loro perpetua esclusione a succedere, com' erano gli effetti della legge Voconia (2).

Molto meno può dirsi, che, secondo questa spiegazione, inutile sarebbe quel tassativo invito *masculi tantum*: mentre la natura della chiamata apertamente dimostra, non solo l' utilità di tal maniera d' esprimersi, che la necessità, per darsi a' maschi la preferenza.

Il Fedecommesso, di cui si tratta non è una Primogenitura fondata per la famiglia, o discendenza del Testatore: è un Fedecommesso semplice, e dividuo per la famiglia del primogenito. La sua progressione, indotta dalle parole *perpetuamente*, *in infinito*, e simili, esclude il concorso della legge, che fa succedere al Fedecommesso a pro della famiglia il più vicino al Testatore, attenendosi alla chiamata, che nel primo grado si verifica;

C 7 ra-

(1) *In l. 16. ff. de usurp. & usucap.*

(2) *Vide Calvin. in lexic. jur. verbo tantum.*

ragione onde sicura è oggi la massima, che, ne' Fedecommessi di tal natura, all' ultimo gravato, non al Testatore si succeda.

Or entrato il godimento nella linea del primogenito, essendo il medesimo di sua natura dividuo, ripartendosi fra' figli, o fra gli ulteriori discendenti, col passaggio da linea a linea, di quelle però dipendenti dal Primogenito, devesi la successione colla scorta dello Statuto regolare, succedendosi in tal caso non all' ascendente fondatore del fedecommesso, ma al Collaterale, e se li beni sieno fuori del distretto situati, concorrono egualmente e maschi, e femine, nè rimane a quelli alcun dritto di preferenza. Sarebbe il caso, se da Domenico primo invitato, non solo il Marchese D. Francesco Paolo fossesi avuto, ma altro maschio, nel caso della morte del detto Marchese senza figli, la sua parte del fedecommesso, dovendosi aggregare agli altri individui della famiglia del Primogenito, verrebbe ed esser invitato così il figlio maschio superstite, che la Marchesa D. Prudenza.

Ecco tutto il beneficio della tassativa voce *tantum*, i soli maschi, in esclusione delle femine in egual grado, sono sempre al godimento de' beni chiamati: nè queste han mai speme di pervenirvi, che ove col maschio nel grado stesso non corranno, ove sole della famiglia del Primogenito rimangano, ove in somma, per evitar esse, dovrebbesi accordar su di loro una preferenza a' maschi più rimoti.

Ed

Ed invero l' esser tassativamente i maschi chiamati, o abbatte l' invito della famiglia del Primogenito tanto contemplata, o no: Se l' abbatte, non rimane a D. Gaetano de Nicastro alcun rifugio, fidandosi esso interamente a quest' asilo: Se non l' abbatte (com' è veramente), i maschi invitati sono fuori dubbio quelli della famiglia del Primogenito, non coloro, che ad altre famigli attengono, de' quali non può aversi considerazione nella parte dispositiva del Testamento, dipendendo la di loro sorte dalla condizionata sostituzione a loro favore. Se dunque i maschi della famiglia del Primogenito sono invitati: se ciò è fatto, perchè si conservassero i beni nella famiglia: dato per ipotesi, che il fedecommesso fosse stato fatto per l' agnazione del Primogenito, l' ultima femina di questa famiglia non è il maschio, non lo rappresenta in tutto, e per tutto, in guisa, che dir Primogenito della Testatrice, è dir lo stesso, che il solo rampollo del Primogenito?

Ma fin qui si è trattata la quistione, come se si avesse quel *masculi tantum* a riputare una qualità, che accompagnar deve i figli discendenti *ex corpore* dell' ammesso. Che se poi quel *masculi* intendasi, come intender si deve, per un *genetivo*, cioè del maschio solamente, svanisce in questa tesi tutta la controversia. I figli discendenti dal maschio non sono i soli maschi, ma tutt' indistintamente maschi e femine, giacchè la generazione del maschio, non la qualità maschile si ricerca. Odasi per tutti il *Minadoi*

in

in una sua Decisione, che rapporta un al caso nostro assai confacente. *Stante Statuto, quod extantibus masculis fæminæ non succedant, fæmina defuncti excludit patruum, quia talis exclusio censetur facta inter existentes in pari gradu, & similiter in fideicommisso facto in Regno, quod neptis illud faciat deficere, quando fuit sub conditione factum a filio, si sine filiis decesserit. Et quod excludat patruum, etiamsi in aliis partibus Testamenti præposuisset, & vocasset masculos, fuit judicatum per Regiam Cameram facta relatione in Collaterali Consilio in causa Montani, me existente Patrono* : della quale decisione fa parola. Gio: Batista Toro in questi termini : *Filia fæmina an contineatur appellatione filiorum in dispositione hominis, ut puta si pater instituisset heredem filium masculum & si posthumus nasciturus esset, ut ambo succederent, sin autem filia fæmina, dari ei jussit dotem ducatorum* 3000. *tempore maritagii, verum, decedentibus prædictis filiis, aut filio in pupillari ætate, vel quandocumque absque filiis legitimis, & naturalibus, unus alteri succedat, & omnibus morientibus, substituit ejus fratrem, sicque uno filio existente, mandavit, ut talis frater succederet, & ejus filii. Nata inde posthuma ex illo mortuo filio instituto in pupillari ætate, difficultari contigit, posthuma, vel substitutus admitti debeat, cum mentio facta fuerat de masculis? Fuit per S. C. decisum in favorem dictæ fæminæ, & confirmatum decretum præambuli facti in ejus beneficium : ita refert Jo. Baptista Odierna in addition: ad Surdum decis.* 9.*n.* 39. *in nova compilatione.*

Que-

Questa opinione, cotanto comune, suol alterarsi per causa de' Statuti Italiani, esclusivi delle femine; ma tal' eccezione, che nemmeno è generale, anzi dal *Mantica*, e da altri riprovata allo 'ntutto, lungi dal nuocere all' assunto, lo conferma assaissimo ove lo Statuto, esclusivo delle femine dichiara la chiamata della discendenza maschile veramente agnatizia: E non essendo il nostro Statuto delle femine esclusivo, ma di semplice prelazione de' maschi nel grado medesimo; seguendosi la stessa scorta d' interpretar la volontà a norma dello Statuto, ne vien per conseguenza, che la chiamata de' maschi, e della discendenza del maschio debba concedere al sesso prediletto una preferenza nello stesso grado, non una esclusione tanto aborrita dalla nostra Costituzione.

E qui sembrami aver posto à giorno, che le femine non siano affatto dalla parte dispositiva dal succedere al fedecommesso allontanate, anzi comprendersi nel nome di figli discendenti *ex corpore masculi tantum*.

La parte poi digressiva della stessa disposizione meglio l' assunto conferma. In essa dicesi: *Entrino li secondogeniti, o chi tenerà luogo di Primogenitura, e suoi discendenti maschi*, senzache si aggiunga quell' avverbio *tantum*, che nella dispositiva si trova, e senzacchè mai le femine siano escluse.

E finalmente conchiude la dimostrazione la parte condizionale, nella quale consistendo tutt' il nesso della chiamata, di un termine collettivo, comune ad ambedue i sessi,

sessi, ed anche a' discendenti, è composta la condizione, acciò meglio si conoscesse, non essersi voluto far altro, che preferire i Maschi, non dato loro un dritto di esclusione.

Ciò pruovato nutile sembra discendere al secondo assunto, se abbia cioè la qualità di maschi ad intendersi ripetita nella condizione, ovvero un caso omesso, da supplirsi colla guida delle leggi, e colla presunzione alle femine favorevole. Giovi però dirne alcuna cosa, perchè tutto rimanga esaminato.

E quì fa uopo raccordare la controversia nata fra' Scrittori: Una classe di essi niega, potersi tal ripetizione immaginare: Taluni sostengono, potersi indurre per necessarie congetture; e frà questi, chi una siegue, chi l' altra, e si abattono a vicenda.

Ma se le cose anzidette ben fondate si trovano, cred' io, potersi da esse agevolmente ricavare l' incompatibile concorso della voluta ripetizione. Non v' ha dubbio, essersi le tacite ripetizioni introdotte, per portare ad una voce espressa una qualità non espressa. Così la condizione *sine filiis*, seco non avendo la negativa qualità *masculi tantum*, cercasi per congetture adattarvisi, leggendo *sine filiis supple masculis*.

Per tanto operarsi, ei conviene al ministero della volontà non mancare, ed in modo, che il suon delle voci possa farsi cedere al sentimento. E' comune perciò fra' Scrittori, che o una espressa, o una chiara desunta idea d'agna-

gnazione, o almeno un perenne pendio, esclusivo delle femine, riduca la collettiva voce *figli* fra' gli argini de' soli Maschi. Quell'ampio intendimento, dato dalle leggi a tale vocabolo, riceve allora tutta la restrizione, privandolo della qualità feminile, che o un proprio significato, o una pretta interpretazione avergli facea. Per la qual cosa, dirsi *tacita ripetizione*, diverso non è dal dirsi, dimostrazione d'esser posta la voce *figli* nel suo più stretto significato.

Or se dal linguaggio della Disponente assi ad aperte note, ch'ella intese la parola *figli* nel suo più ampio, e profuso indendimento, voglio dire di Nipoti, Pronipoti, ed altri più rimoti ancora; non capisco come possa l'idea della Testatrice tradirsi, ed esser quel vocabolo, apposto per disegnare così lunga discendenza, e preso nel vero senso *di liberi*, ristretto a' soli Maschi, coll'esclusion delle femine.

Ei è da avvertirsi, non solo per la intera discendenza nella condizione trovarsi registrato, ma anche, come fu veduto, nella disposizione: in guisachè, riferendosi la parte condizionale alla dispositiva, si ha sempre con egual costanza il vocabolo *figli* apposto nel più esteso significato anche abusivo della legge.

Nè si dica, che nella disposizione, quantunque *figli* in ampio senso di discendenti sia preso, nondimeno vi sia la soggiunta *maschi*: tra perchè non rimane esclusa mai la congettura, di non aver la Testatrice nel suo

più

più proprio, e ristretto intendimento la voce *figli* usata; cosa sufficiente ad escludere la qualità di Maschi dalla condizione, ove apposta non si trova: e perchè fu abbastanza di sopra dimostrato, intendersi per discendenti maschi, e le femine, ed i figli delle femine: finalmente perchè quel *masculi*, si è veduto, poter essere un genitivo, che, dinotando discendenti del maschio, niun luogo lascia a dubitare, di comprender le femine, e loro discendenti. Non è perciò da schivarsi l'invito degli Avversarj, che a questa tacita ripetizione ci chiamano, poichè tutto combina ad apertamente dimostrare, esser la qualità di Maschi in caso dalla Testatrice omesso, cui non conviene soccorrere per congetture, e per argomenti.

Non si dubita, che la volontà, non la parola, come insegna il *Cujacio*, faccia la condizione (1), e che, dove avvengano ambiguità, debba, per precetto dello stesso, dalla sottigliezza del Giudice esser disciolta (2): ma è vero altresì, che non abbia dal materiale significato delle parole ad uscirsi, se non concorra manifesta pruova della contraria volontà del Testatore (3). Egli è però, che al

(1) *Lib. 14. observat. cap. 25. utitur legibus II. ff. quæ pœnæ nomine, & 19. C. de condition. & demonstration.*

(2) *Ad lib. singular. Juliani de ambiguitatibus in l. 42. de leg. 3., affert. l. 10. in fin. ff. de rubus debiis.*

(3) *Marcellus in L. 67. de leg. 3.*

al comune, e naturale intendimento del vocabolo *figli*, d' ambedue i sessi comprensivo, portar non si possa la qualità ristrettiva di *maschi*, che con manifesta pruova della contraria volontà: ove poi questa difetti, ricade subito nell' autorità del dritto l'intenzione del Testatore, e con quella si spiega.

Ma se la contraria volontà non può nascere che da certi, e sicuri motivi prestati dal Testamento, che o la riducano fra' soli agnati, o l' allontanino in ogni caso, ed in ogni tempo dalle femine: non essendovi quest' ultimo nella disposizione, che si tratta, nè potendosi ricavare il primo dall' espressioni, che comprende, non siam nel caso d' immaginarla, nè di temerne il concorso (1).

Quel solo, che potrebbe addursi, e meritarebbe alcun' esame, sarebbe la chiamata de' discendenti maschi, o del maschio nella disposizione, e di discendenti maschi nel digresso: ma di sopra fù assai veduto, non esser questa congettura sufficiente a portar nella condizione la stessa qualità.

Rapporta il *Mantica*, dopo una lunga serie di Scrittori una tal congettura, e trova, che, lungi da operare alla ripetizione, presti anzi argomento a crederlo un caso omesso: in cui è operativo il dritto comune, ecco le sue parole: *Item licet Testator in superiori parte Testamenti fecerit*

(1) *Ita arguitur Altogradus controv. 90. n. 27.*

rit mentionem DE FILIIS MASCULIS, *ex hoc non poterit dici probabilis, seu evidens conjectura, quod in hac ipsa conditione de masculis tantum senserit; quinimo hujusmodi conjectura, ut plerique scripserunt bellissime, potest reflecti, & in contrariam sententiam trahi*: NAM SI TESTATOR IN HAC SUBSTITUTIONE IDEM VOLUISSET, NULLA ERAT DIFFICULTAS HOC ETIAM EXPRIMERE (1).

Nè da questo sentimento, oltre il *Ruino* al nostro assunto contrario, tutta la Scuola Forense è riceduta, come dimostra il *Gabriello*, che moltissimi rapporta (2).

Coloro per altro, che la ripetizione ammettono, dell' attual caso non ragionano, nè son da rapportarsi; perciocchè essi trattano, non della condizione *sine filiis*, ma del caso che nella disposizione siesi detto de' *maschi*, e nel digresso de' soli *figli*. E quindi, se, dovendo una parte del Testamento l' altra spiegare, debba anche frà sostituti la qualità de' maschi esser portata: ed apertamente il rapporta *Decio*: *Nec obstare videtur, quod in pluribus aliis partibus Testamenti idem Christopharus Testator, dum apponit conditionem filiorum, semper de filiis masculis loquatur, quia satis esse videtur, quod in casu substitutionis, de qua agitur,* ... *sim-*

(1) *De conject. ultim. volunt. lib. 1: Tit. 14. n. 10.*

(2) *De Testamen. conclus. 4. n. 6.*

simpliciter de FILIIS *dicat. Si enim voluisset Testator intelligere de filiis masculis, expresse dixisset, & ideo casus omissus a Testatore remanet in dispositione juris Civilis: & dato quod Testator aliter voluisset, hoc non sufficit, nisi disponat* (1).

E ne' termini anche d'istituzione, e sostituzione troveremo lo stesso, attentamente badando a' più fausti Autori per i Maschi. *Anton Peregrino*, ed altri classici Scrittori di tal genere, frà le molte congetture, che rapportano, e contropongono, oltre quella di trovarsi la condizione con termini relativi, che non lasciano ambiguità, apertamente sostengono, la general regola della ripetizione dipendere, dal trovarsi i maschi nello stesso periodo nominati (2), giacchè a diverso ragionamento non trovandosi il Testatore disposto, ei non è da credere il cambiamento di sua determinata volontà.

Nell' attual caso è tal distinzione a favor delle femine decisa, imperocchè l' orazione trovasi in due parti distinta; Nella prima s' induce il fedecommesso per proibizione d' alienare, e compie fino alla disegnazione di coloro, che debbano venire al godimento: Nell' altra parlasi del digresso, finto il caso della morte del primoge-

(1) *Cons.* 15. *n.* 1.
(2) *De fideicom. art.* 28. *n.* 28.

genito senza figli, si passa all' invito del secondogenito, e suoi discendenti. Le due diverse parti adunque di questo periodo, il ripartimento del discorso; e le materie diverse, che nell' una, e nell' altra si trattano, non ammettono affatto la ripetizione, che vorrebbe indursi, e far giudicare l' invito de' Maschi come un caso dal Testatore ommesso.

Le quali cose, se pur non m' abbaglia l' amor della causa, la voluta ripetizione talmente escludono, che nemmeno resta luogo a dubbio alcuno. E perciò da questo primo capo potrei essermi sbrigato, se un desiderio di annientare ogni avverso ragionamento, ad altre due cose non mi chiamasse: a sviluppare cioè quell'intelligenza della chiamata nell' usofrutto generalmente fra figli di Prudenza: ed a sciorre l' opposta rinunzia della Marchesa di Torres, in passando a marito.

Per la prima è facile lo scioglimento. Quel, che il Testatore ha disposto nel primo grado, non è da portarsi per conseguenza ne' gradi ulteriori: nè la *L. si viva matre C. de bonis maternis* è ad intendersi senza distinzione, come il *Fusario*, ed altri molti riflettono (1): Piacque alla Testatrice far particolari i figli suoi, lasciandogli l' usofrutto: chiamare al godimento de' beni il Pri-

(1) *Quæst. 402. n. 25. ubi plures congerit de more.*

Primogenito, senza che fosse perpetua la primogenitura, per non essere li nipoti esclusi: così del pari, colla morte de' proprj figli, volle estinto l' usofrutto, purche non fosse il suo figliuolo primogenito, che lasciasse *figli maschi*: locchè non solo dinota l' irregolarità tenuta dalla Disponente in distribuire li beni vincolati, ma eziandio dimostra, non potersi dagli Avversarj prenderne argomento pel loro assunto.

L' altra disputa poi è troppo dal dritto decisa, perchè si attenda. La Marchesa Torres rinunciò a favor del padre: la costui morte, e la rappresentanza intera della di lui persona per di lei mezzo, confondono in essa i termini di rinunciante, e renunciataria. Se chiedesse una secondogenitura, vi cadrebbe contesa: ma se chieggono il fedecommesso Soggetti d'altra linea, a favor de' quali non si è mai rinunciato, non saprei perchè dovesse favellarsene (1). Senza rapportar altre ragioni, giova sentire *Giambatista Toro*, che pienamente discute l' articolo (2): *Ultimum dubium consistere videbatur, dato quod veniant fæminæ appellatione filiorum, an ista mulier maritata admitti deberet ad successionem Avi, non obstante renunciatione facta per eam in beneficium patris, vel aliorum, cum certum sit, quod fæmi-* na

(1) *Vide Decium consil.* 368.

(2) *Thoro Rerum Judicat. Cap.* 60. *num.* 296. *ad* 312.

ne, cum nuptui tradantur, renunciare solent juxta dispositionem cap. quamvis de pactis in sexto Gallerat. in tract. de renunc. tom. 1. lib. 1. cap. 2. n. 43. & ibi plura circa hoc dedu-xit; adeo quod feminae exclusae, semper censentur exclusae a successionibus, ut prosequitur Marta in summa legali par. 1. q. 13. art. 9. per totum, &, stante renunciatione, habentur pro mortuis, ut tradit. Reg. Rovitus Cons. 46. n. 26. tom. 1. Honded: Cons. 1. n. 86. vol. 2., & Cons. 6. 2. 12. t. 1. tum quia filia a successione exclusa dotantis dumtaxat censetur exclusa, Jacobus Gallus Cons. 61. 21. 12. & 40., similiter si aliis successionibus renunciaverit, semper excluditur Gallerat. d. Tract. tom. 5. renunc. 25. n. 60., Vent. cons. 26. n. 67. & cons. 43. n. 45., cons. 48. n. 74., & propterea, cessantibus illis, in quorum beneficium renunciaverat, semper admittitur in eorum defectum cessante causa exclusionis, late Marta d. part. 1. art. 9. per totum, per exempla demonstrans, Honded. cons. 9. tom. 2. & cons. 48. n. 40. Hinc filia, quae, dote accepta, renunciavit bonis patris, poterit ea petere ex futura, & nova causa, idem Gallerat. d. Tract. d. tom. 1. renunc. 17. n. 34., quocirca ultra adducta per Molf. cons. 48. n. 40., dicentem, quod renunciatio solum [illegible] com-

(1) *Verba generalia sunt generaliter intelligenda l. 1. & generaliter de leg. prest. & qui omne dicit, nihil excludit. L. Jul. in princ. de leg., Cons. 102. n. 3.* [illegible]

comprehendit dubium ex causa de præsenti, vel de' præterito, sed non estenditur ad ejus debitum & nova causa, & ex novo jure, & subdit nec pariter ad incogitata restringi, & sic decisum in S. C. refert Vivius decis. 316. n. 18. in favorem sororis, quæ amplam fecerat renunciationem, ut non excluderetur a successione delata. Quamquam autem Peregr. de fideicom. art. 23. n. 54. & seq. disputat articulum in terminis, quod stante Statuto exclusivo fæminarum in fideicommisso avito, favore filiorum & descendentium ordinato, quod tunc filiæ fæminæ non concurrunt cum propriis fratribus, & ibi per eum, & n. 57., adeo quod fæminæ non veniunt appellatione filiorum, attenta ipsius proprietate, ac natura ex Larrea decis. Sardin. 31. n. 11., quibus addo Giovagn. cons. 11. n. 3. lib. 2.; ubi in 4. subdit, quod fæminæ non veniunt appellatione filiorum, stante Statuto exclusivo fæminarum. Sed bene replicari poterat attenta dispositione nostri Statuti Const. in aliquibus. Quod per Statutum non censentur exclusæ fæminæ per Testatorem, nisi ab hæreditate illius, de quo Statutum loquitur, ut ex multis probat Ciarlinus cons. forens. tom. 1. cap. 78. n. 8., subdens n. 9., quod fæmina non excluditur a fideicommisso, quando ex forma Statuti non erat exclusa ab hereditate illius, qui reperitur gravatus onere fideicommissi, & ut fæmina a Statuto exclusa per masculum, non succedat in fideicommissum cum eo; oporteret, ut masculus ille eam excludat non solum a successione gravati, sed etiam gravantis, seu fideicommittentis, & tunc appellatione filiorum, stante dicto statuto, non veniret, quando essent exclusa

sa

sæ per substitutos a successione gravati , ut ibi Giovagn. n. 16., & sic filiorum appellatione fœminæ veniunt in fideicommissis. Fusar. d. quæst. 311. n. 1., ubi n. 106. subdit, fœminam non esse exclusam a fideicommisso in dubio pronunciandum est , & amplius , quando filii sunt vocati nomine collectivo, fœminæ insimul cum masculis admittuntur, ut idem Fusar. quæst. 379. n. 1. probat. Ut cum in casu prædicto deficiebant alii masculi solo patre existente, cui succedere debebat ista filia, masculis non existentibus, posse admitti ad successionem, concludendum erat.

Nè al S. C. son nuove queste dispute , che anzi , se creder vogliamo all' accreditato de *Franchis*, più disputar non occorre . Odasi una sua magistrale decisione, altre volte in simil caso, contro il di lui sentimento , caduta , e che fecelo poi in giudicando ritrattare : Il caso è quello de' maschi eredi isituiti, con darsi luogo a sostituti, nel mancar i primi senza figli , e le femine escluse, attribuita loro soltanto la dote . Due volte , ei dice, tal Augusto Senato pronunciò a favor della femina del gravato , in chiara esclusione del sostituito , e con seria discettazione dell' Articolo : *Et tandem per S.R.C., prævia maxima causæ cognitione, fuit judicatum in favorem neptis ex filio contra substitutos*: e quindi soggiugne : *super quo advertendum, quod postquam S. R. C. in hoc puncto judicavit, non est amplius dubitandum* (1). Che

(1) *Decis.* 586.

Che se altre decisioni vadansi rintracciando, oltre le rapportate di sopra dal *Minadoi*, e dal *Toro*, altre, che ne riferiscono ambedue i *Tesauri*, e *l'Odierna*, che facile cosa è rinvenirle. I stranieri Senati continuamente al parer medesimo son concorsi, le decisioni de'quali ne' rapportati Consigli, e Consultazioni del *Manzi*, e di altri eccellenti Scrittori si rattrovano: ma piacemi, per non sì lungo andare, quella riferire, nella quale *Vincenzio Fusario* dottamente scrisse contro, e che sembra non solo al nostro caso adattabile, ma in termini più forti, e più fausti a' maschi. Il caso era: che un tal Francesco Guidaccio, avendo un nipote per nome Carlo, che istituì erede, soggiunse, che *quandocumque senza figli costui si morisse legittimi e naturali*, s'interdesse sostituito *per fideicommissum* il più prossimo della *famiglia* del Testatore di linea mascolina, volendo, che i beni suoi dovesser conservarsi perpetuamente nella *famiglia mascolina de' Guidacci*. Morì l'erede gravato con unica figlia: aspirò costei al fedecommesso, ed ebbe la contraddizione del Cavalier Guidacci più prossimo della famiglia. Ma come si considerò della famiglia del Testatore non trattarsi, bensì di quella dell'erede gravato, per avere istituito erede un Nipote: si considerò ancora esser le femine nell'indicazione della famiglia comprese, fu a favor della femina giudicato, e i lunghi ragionamenti del Fusario senza effetto rimasero (1).

(1) *Vide Consil.* 15. & 16. *Fusarii*.

Anche del Senato di Granata rapporta *Giambatista Larrea* una nobile decisione: Trattavasi d' un fedecommesso, al cui godimento eran chiamati i Maschi d' uno in altro, affinchè sempre i beni si avesser dal maschio di maggior età, e primo nel grado, non già dalla femina; concorreva alla spettanza una figlia del defunto fedecommessario, ed altro maschio più lontano della famiglia: Fausta fu la sentenza per la femina, e si ebbe per vero, che nè la chiamata perenne de' maschi induca agnazione, nè possa questa credersi contemplata senza una chiara espressione. Fu anche avuto certo, esser la femina sempre esclusa nel concorso col maschio nell' egual grado, quando l' esclusione sua in termini generali resti concepita, e ch' Ella goda una legale preferenza su' maschi più rimoti dopo la legislazione Giustinianea (1).

La Ruota Romana n' è poi ubertosissima. Il *Cardinal Ludovisio*, poi Gregorio XV. Sommo Pontefice, rapporta a favor della Donna decisa la spettanza di un Fedecommesso, nel quale Alessandro Biscaglia in morte de' suoi Figli avea sostituito il più prossimo della Casa, e Famiglia di Biscaglia; e tuttocchè l' espressione di Casa fosse assai stringente per la chiamata privativa de' maschi, non di meno, poichè mancava la chiara, e costante esclusion del-

(1) *Decis. Granatens. disput.* 34. *per totum.*

delle femine, e queste non possono essere allontanate, che nel concorso co' maschi in egual grado, fu dichiarato competergli il Fedecommesso (1).

Nel caso in controversia, che vogliasi creder la Femina esclusa, perchè nella parte dispositiva, e nel digresso s' invitano i maschi, lo stesso dotto Autore altra decisione arreca degna da osservarsi, e per il sistema, che fissa, e per le illustrazioni del Beltramino, che sonovi aggiunte; nella quale nel caso della chiamata de' maschi, e nel digresso a' figli delle figlie in difetto de' figli maschi, non fu dato ascolto all' allegata tacita repetizione di qualità mascolina, e furono le femine a succedere ammesse.

Ed ecco, se non m' abbaglio, la legge, l' opinar de' scrittori, l' autorità del giudicato, tutto favorire il proposto assunto, che sia la Marchesa Torres, come della Famiglia del Primogenito dalla Testatrice prediletta, inclusa nella chiamata del controvertito Fedecommesso, e per conseguenza esser d' ostacolo al passaggio nella linea sostituita, ch' era il primo de' due assunti di sopra proposti

D 2 CA-

(1) *Decis.* 464.

CAPO II.

Nella successione all' Alboraggio di Manfredonia è compresa la Marchesa Torres.

LA seconda disputa apprestata dal retaggio del Marchese D. Francesco Paolo dei Nicastro attiene alla successione all' Alboraggio di Manfredonia.

Sul finir del decimoquinto secolo Francesco Sforza facendosi col suo coraggio strada fino al Trono di Milano, grandi cose operò in Regno; riteneva Egli Manfredonia, e della debolezza dell' allor languenti armi Angioine profittando, tutte n' esercitava di assoluto Padrone le Regalie.

Eravi fra queste il dritto dell' Alboraggio, del quale volentieri disponendone, ne investì Giovanni de Nicastro uomo per nobiltà, e valore in quel tempo assai conto.

Ma venute in Regno le armi Aragonesi, e vindicandosi da Alfonso que' dritti della Sovranità poco saggiamente fin allora sopiti, si credè Giovanni poco salvo sotto la concessione da Sforza ottenuta. Impetrò adunque dal Re una conferma di sua investitura, che ottenne; ma impiegato a' doveri di ottimo Suddito, ritenuta nella fedeltà la tumultuante Manfredonia, ebbe occasione maggiore di farsi caro al Sovrano. Si morì Alfonso, succedendogli al Trono di Napoli Ferrante, e Giovanni mai troppo saldo re-

putandosi, nuovo diploma domandò, col quale confermato le fosse il concedutoli Alboraggio.

L'ottenne per vero nel 1495., ed è appunto quello, che si ha per mano, e che dà le notizie delle precedenti Concessioni. Ferrante forma un piano glorioso delle nobili qualità di Giovanni, indi viene a fargli la domandata conferma, non solo per se, ma eziandio pe' suoi legittimi discendenti d'ambedue i sessi, colle solite facoltà di vendere, affittare, e tutt' altro, che a suo piacere tornasse: Eccone le precise parole: *Eidem Joanni, suisque heredibus, & successoribus, UTRIUSQUE SEXUS EX SUO CORPORE, LEGITIME DESCENDENTIBUS natis jam, & in antea nascituris in perpetuum, praefatam Gabellam, seu jus Alboragii dictae Civitatis Manfredoniae cum omnibus juribus, & emolumentis ex eo provenientibus, damus, donamus, concedimus, et liberaliter largimur, ad habendam, tenendam, possidendam, vendendam, alienandam, locandam, & dislocandam ad sua, & suorum heredum, & successorum libitum voluntatis.*

Godè Giovanni finchè visse della Sovrana beneficenza; lungi d'alterarne la successione, la trasmise in morendo al suo figlio Alessandro. Segnando questi le orme paterne la trasfuse colla morte nel figlio Giovanni. Immaginò costui poter tal dritto di Alboraggio avvincere d'un Fedecommesso perpetuo ne' discendenti di sua famiglia. Scrisse un Testamento, col quale tal sua idea espresse, e favorendo nella successione i soli maschi, dispose, che avesser le Femine il prezzo della parte, che spettar le po-

potesse, da non oltrepassar però i ducati mille.

Non giunse Giovanni a far solenne la sua volontà; ma trovandosi in Giovenazzo nel 1541., ed ivi da vicina morte sorpreso, fece un nuncupativo Testamento, nel quale a quanto avea già scritto, e che in una *cassetta francese* disse aver riposto, si rimise il quale ordinò, che alla Duchessa di Termoli, cui consegnò la chiave, si portasse, acciò fosse aperta innanzi a Notajo, e Testimonj per rogarsene pubblico atto.

Fino a questi tempi la volontà di Giovanni era inoperosa rimasta, e forse uom non sapea, che dettata si fosse. Colla morte del Marchese D. Pietro Paolo, apertasi la successione a prò della di lui Germana Marchesa Torres, D. Gaetano de Nicastro domandò in preferenza la spettanza, come maschio chiamato nella sudetta disposizione.

Allora la Marchesa propose le sue Istanze per la invalidità di tal testamento, così per i suoi vizj interni ed esterni, perchè difettoso de' solenni dalla legge richiesti, come per la niuna facoltà, che il Testatore avea di disporre d'una Regalia, ch' è fuori del nesso universale dell' Eredità.

Non mancando però di replicar D. Gaetano, non doversi in man de' Privati le Regalie, che cose private immaginate, sostenne a tutt' uomo, che ben avea Giovanni la facoltà di disporne, anche per lo modo, col quale era il Diploma di concessione concepito.

Il S. C. nell' esame di quest' articolo dubitò assai sulla na-

tura dell' Alboraggio, onde pria di venirne alla spettanza, rimise le Parti alla Regia Camera per la dichiarazione della qualità dell' Alboraggio stesso. Poi ascoltati i richiami di D. Gaetano, non dubitò colla seconda Sentenza, benchè a voti difformi, d' accordarne a D. Gaetano la spettanza.

HA la Marchesa gran ragione avuto di chiamarsi d' ambedue le decisioni scontenta: non parea per la prima, che meritasse dubbio, la qualità dell' Alboraggio attenere a una Regalia communicabile a' Privati, che in costoro mani non lascia d' aver que' nodi dal Capitolo *Scire volumus* indettili; nè può per la seconda persuadersi, che a confronto, non solo delle chiare espressioni del Capitolo, ma eziandio della forma della Concessione, che ammette *reverso* al Fisco, potesse aver luogo la disposizione d' un de' chiamati al godimento, i cui dritti non oltrepassavano i limiti di sua vita.

In doversi ora l'ultima Sentenza riesaminare, torna a sommettere al savio intendimento del S. C. le ragioni medesime ad esso altra volta umiliate, aggiugnendo soltanto le assai facili risposte a quanto da D. Gaetano si oppose, e che richiamarono a suo favor la spettanza. Affidasi a questo modo far vedere apertamente, che sia l' Alboraggio una Regalia, e tale, che vada compresa nel Capitolo suddetto; in guisa, che nè i beneficiarj poteano disporne, nè giovare a' maschi della famiglia la loro disposizione.

 L'Al-

L'Alboraggio di Manfredonia è un dritto di Dogana, che ivi si esigge a proporzione della portata de' Bastimenti per le merci nel Porto immesse. Dicesi Alboraggio dall' albergo, che fan le navi in Porto, siccome per la stessa ragione Ancoraggio suol anche in talun' altra parte chiamarsi (1).

La sua vetustissima istituzione dipende da una corrispondenzá alla sicurezza, e sostegno del Porto a' Sovrani affidata. Giusto è bene, che i Navigli, della comodità del Porto godendo, contribuiscano alla spesa, ch' esigge la dilui sicurezza, il suo mantenimento, e ristoro (2).

Anche i Romani serbando i scheltri delle cose comuni, e pubbliche al sommo potere già sommesse, conosceano tali pagamenti col nome di *Portorj* (3). Non saprei, se essi

(1) *Calvin. lexic. jur. verbo anchoragii jus*; ei reca l'opinione, che dipenda da una Giurisdizione, che esercita la Sovranità ne' Porti. Più diffusamente Stypmanno *de jure marit. cap. 2. n. 14.*, e Strauchio *de Imperio maris cap. 7.*

(2) Rapporta Strabone nel 13. lib. della sua Geografia: *Cumanos, ut insulsos, & hebetes carptos fuisse, quod tercentum annis tantum post ejus urbis ædificationem portus vectigalia exegerint.*

(3) *L. 3. C. de vectigalibus.*

essi più dal *portare*, che dal *Porto* la denominazione prendessero, poichè anche un' *imposto*, che pagavasi per lo passaggio delle merci su i Ponti (1), *Portorio* si appellava, di che non è il luogo da disputarne (2).

Certo è, che ne' Porti pagavasi un dazio, che *Portorio* si chiamava; atteneva questo alle sole cose *promercali*, non alle *usuali*, ch' è quanto dire era un dazio d' *immissione*, non di *consumo*, e l' uso proprio escludeva (3).

Nell' opulenza del Romani potere tanto attaccata alla Sovranità quest' esazione credeasi, ed in modo interessante, che avendo proposto Tiberio abolirla, ne lo dissuase il Senato, altrimente al dir di *Tacito*, veniva a snervarsi la Repubblica (4).

Antichissimo è anche fra noi questo dritto, e quantunque la vicina memoria ci venga dagli arresti della Regia Camera, dobbiamo non di meno per la frequenza de' Porti, costante, e vetusto immaginarlo, siccome fin da tem-

 pi

(1) *L.* 60. §. *penult. ff. Locati.*

(2) *Vide Casparem Zieglerum de juribus majestatis lib.* 2. *cap.* 7. *n.* 18.

(3) *L.* 203. *ff. de V. S. vide Guidum Pancirolum in Thesauro variar. lection. lib.* 3. *cap.* 31. *tit. de vectigalibus Portus. Cujac. observ. lib.* 6. *cap.* 19.

(4) *Tacitus annalium lib.* 13.

pi di *Alfeno Varo* troviamlo per lo Porto di Sicilia nominato (1).

Orazio Montano de' Regali parlando, a questo dritto dell' Alboraggio discende, e portandolo a rimoti tempi anche prima di Friderico, ne spiega la qualità in questi termini: *Pro albergo solvitur Regi jus Ancoragii* (dal che si vede, perchè piuttosto *Alboraggio*, che *Ancoraggio* in Manfredonia chiamato si trovi), e dimostrato essere una Gabella, che per causa del Porto si paga, soggiugne: *Hoc vectigal portus duplex est, alterum appellatur ancoragii, alterum vero jus exiturae. Jus ancoragii solvitur ab omnibus navibus, seu vassellis intrantibus in Portum, sive exteris, sive indigenis*: nè diversamente l' *Afflitto*, il *Freccia*, ne avean prima definito la natura (2), e dopo essi *Nicolò Ageta* (3).

Or tale essendo la natura del beneficio, di cui trattiamo, po-

(1) *d. L.203. ff. de V.S. vide Rebuffium ad eamdem. Guidum Pancirolum loco citato, verbo Exigendi vero in. Portus &c.*

(2) *Montan. de Regalibus verbo Portus n. 2.*

(3) *Afflict. in cap. quae sint Regalia verbo Vectigalia nu. 215. Marinus Freccia de subfeudis lib.1. tit. de officio magni Admirati maris n. 22. Ageta annot. ad Moles §. 6. de Jure Dohanar. mar. 3. n. 12.*

potrà dubitarsi affatto, essere una delle Regalie, che dal Sommo potere a' Privati si comunica? Ecco la definizione, che ne fa Friderico: *Regaliæ, armandiæ, viæ publicæ, flumina navigabilia, portus, ripatica, vectigalia, quæ vulgo dicuntur Telonia, moneta &c.* (1): dritti tutti, i quali quantunque nella bassezza de' tempi si trovassero dalla Sovranità dissipati, vindicò *Friderico* colla sua vittoria (2), e dichiarò esser de' Regali del Principe.

Nè potrà cader dubbio, che nel nome del Porto, il dritto del *Portorio*, o sia *Ancoraggio* l' Imperadore intendesse; poichè in tutto il Capitolo le cose enuncia per lo di loro esercizio, ed a questo modo chiama *Regalie* le *Telonee*, le quali non sono che l'edificio ove il dazio si esigge (3), e che si estende al dazio stesso; chiama Regalie le stra-

D 6 de

(1) *Lib. 2. Feudor. tit. 56.*

(2) *Radevicius lib. 2. cap. 5.* Chiaramente il tutto comprende Guntero così.

Postea sollicite Regni de jure vetusto
Quæstio mota fuit: quod desuetudine longa
Priscus inumbrabat neglecti temporis error.

. . . .

Vectigal Portus, cudendæ jura monatæ,
Cumque molendinis Telonea, flumina, Portus,
Id quoque, quod fodrum vulgari nomine dicunt,
Et Capitolium certo sub tempore censum.

(3) *Hotman. Scholæ in lib. Feudor. hoc tit.*

de pubbliche per l' imposto del mantenimento, e rifazione; all' incontro il Porto materiale, come pubblica cosa non cadea sotto questa specie, nel modo, ch' ei medesimo si spiega *piscationum redditus*, non già *jus piscandi*, che fra le cose comuni si novera, ed altra cosa è, che l' *imposto* sulla pesca.

Convien però dire varj essere a quel tempo i vettigali, ch' esiggeansi ne' Porti, e nelle rive; mentre non solo la parola *Portus* troviam nel Capitolo disegnata, ma anche quella *Telonea*, che dicemmo estesa all' intendimento d'un dazio per i porti, e le rive, e finalmente quella *Plaustrorum*, *& navium praestatio*, che allo stesso ricorre, e si differisce dall' angaria, siccome riflette l' *Otmanno* (1). *Giacomo Cujacio* opina lo stesso: *Portus, ripatica, Portoria intelligit . . . vectigalia, & quae vulgo dicuntur Telonea, hujusmodi sunt pedatica, & navigia* (2). Ed il nostro *Isernia*: *Portus, idest redditus, seu vectigal portus; idest redditus, qui pervenit ex his, quae in portu, vel ex portu vehuntur; haec sunt Regalia, quia sunt publica stricto modo* (3). Più chiaramente *Domenico Arumeo*: *Princeps Regalia percipit, vel ex publicis bonis, vel communibus, vel privatis. Ex publicis bonis, ut viis publicis, fluminibus navi-*

(1) *Loc. cit. n.* 13.

(2) *De Feud. lib. V. tit. de jure Fisci, Juxta ejus ordinem.*

(3) *In usib. Feudal. tit. quae sunt Regaliae.*

vigabilibus, *Portubus*; ove ei stesso nota: *Portuum vectigalia, seu Portoria* (1).

Posto adunque, che il dritto dell'Alboraggio è una Regalia, e di quelle espressamente dichiarate nel Capitolo di Federico, non può negarsi, che vada compresa nella legge di Ruggiero, che fuori di commercio le dichiara, sicchè nè vendersi, nè donarsi, nè alienarsi in alcuna minima parte possano, onde vengano diminuite, o soffrano detrimento (2).

Questa legge generale approvata ancora dal Secondo Federico, nel mentre le facoltà de' beneficiarj restringe a quella giusta meta, che la natura delle Regalie in man de' Privati esigge; ogni specie di contrattazione, o disposizione su di esse vieta, ed annulla. Nè ciò può soltanto ridursi agli atti tra vivi, si estende ancora a quel-

(1) *De jure publico cap.* 3. *n.* 44.

(2) Costituzione *Scire volumus de juribus rerum Regalium*. *Scire volumus, Principes nostros, Comites, Barones, Archiepiscopos universos, Episcopos, & Abbates. Quod quicumque de Regalibus nostris magnum, vel parvum quid tenet, nullo modo, nullo ingenio possit ad nostra regalia pertinens alienare, donare, vel vendere, in totum, vel in partem minuere; unde jura nostra regalia minuantur, aut subtrahantur, aut damnum aliquod patiantur.*

quelli d' ultima volontà, i quali ne' termini di alienazione son certamente compresi: ecco le chiare parole di Papiniano: *Fratre herede instituto petit, ne domus alienaretur, sed ut in familia relinqueretur, si non paruerit heres voluntati, sed domum alienaverit, vel extero herede instituto decesserit, omnes fideicommissum petent, qui in familia fuerunt*. (1). E per vero, se l'alienazione comprende tutt' i modi, onde il dominio si trasferisce (2), il Testamento è uno di questi, anzi per niuna miglior ragione sen sostiene la naturale origine da tanti contraddetta (3).
Odasi, per non far lunga cosa tanto chiara, come sulla Costituzione di Ruggiero *Matteo degli Afflitti* ragiona. *Et scias, quod iste, qui habet jura Regalia a Rege, non POTEST ALIQUID IN TESTAMENTO DISPONERE; quia sub prohibitione alienationis facta per istam Constitutionem, comprehenditur heredis institutio extranei. Et pondera hæc verba prohibitiva, videlicet alienare, vel vendere; nam appellatione prohibitionis alienationis, OMNIS CONTRACTUS, OMNIS ACTUS, PER QUEM DOMINIUM TRANSFERTUR, COMPREHENDITUR; appel-*

(1) *L. 64. §. 3. de leg. 2.*
(2) *L. fin. C. de reb. alien. non alien.*
(3) *Ugo Grotius de jure belli, & pacis lib. 2. cap. 6. §. ult.*

pellatione venditionis prohibitae, non venit prohibitio omnium alienationum (1).

Quello però, che generalmente per qualunque Regalìa dispone Ruggiero, diverso non è dà quello, che pria Lotario, e poscia Federico pe' Feudi ordinarono; anzi v'ha chi saggiamente crede, aver Ruggiero per questo Regno tal Costituzione emanata, per non adottar quella da Lotario pubblicata, la quale tra perchè di un Re d' Ungarìa, e perchè d' un suo capital nemico, non volea, comecchè giusta trovassela, che fosse ne' suoi Stati conosciuta, ed eseguita. Or le Costituzioni di Lotario, e de' due Federici, chi ha mai dubitato togliere a' Feudatarj la facoltà di disporre per Testamento de' loro Feudi, fondarvi Fedecommessi, e maggiorati? Basta veder la grazia, che s' impetrò nel 1655. da Filippo IV, colla quale la prima volta ebbe il Baronaggio conceduto di poter su' Feudi Fedecommessi imporre, per non più esitare della verità di quest' assunto (2).

Due

---

(1) *Super Const. scire volumus n. 9.* Lo stesso assai dottamente sostiene Giacomo Cujacio intorno i Feudi *lib. 1. tit. 4.* giusta il suo ordine, e nel particolare delle Regalie Francesco Otmanno *Feudor. commentarii lib. 1. tit. 8. verbo ordinatione defuncti.*

(2) *Pragm. 33. de Feudis.*

Due cose contro queste innegabili verità oppone D. Gaetano de Nicastro: la prima, che le Regalie passate in man de' Privati cessano d' esser tali, ma privata cosa divengano. L' altra, che l' ampie facoltà nel Diploma concedute di *vendere*, *affittare*, e far quanto dell' Alboraggio piacesse, togliendo al Fisco ogni speme di *reversione*, esentarono i chiamati da' legami dello Statuto.

Ambedue tali risposte son contraddette dalla legge, dall'indole della Concessione, dal modo, col quale il Diploma è concepito.

Quanto alla prima. Se potesse mai esser vero, che le Regalie a' Privati trasferite, cessino d' esser tali, e privata cosa divengano, inutile sarebbe la Costituzione di Ruggiero, la quale certamente del dritto, non dell' interesse del Fisco, ragiona. Ove le Regalie divenissero allodio ne' privati, non meritarebbero, che confondersi nelle Leggi generali, che lasciano ad ognuno la facoltà di godere, e disporre del suo Patrimonio. Quelle sole cose meritano restrizione, che hanno un modo di godimento, e di disposizione particolare, come i Feudi sono, ed ogni qualunque Regalia.

Ma la Costituzion di Ruggiero appunto parla di quelle Regalie a' Privati comunicate, e che in lor mano sono; dunque le Regalie in poter de' Privati non cessano d' esser Regalie, nè prendono la natura d' allodio. Ecco le parole di Ruggiero: *quicumque de Regalibus nostris magnum, vel parvum quid Tenet*; sicchè la Costituzione attiene

ne a coloro, che abbiano alcuna Regalia, o maggiore, o minore dalla Sovranità comunicatali, non a coloro, ne' quali fosse allodio divenuto quello, che in man del Sovrano fra le Regalie noveravasi.

Egli è ciò tanto vero, che se anche in Burgensatico fosse la Regalia conceduta, la stessa natura, le conseguenze medesime sempre vi trovaremmo; le qualità di Feudale, o burgensatico niente alterano la natura della Regalia, la quale nè Feudale, nè burgensatica è, ma la qualità di Feudale, o burgensatica a lei si aggiugne, non ne costituisce l'essenza. Così il citato Afflitto. *Nota ex textu ibi de Regalibus nostris, quod jura Regalia aliis personis concessa, sive sit jus magnum, vel parvum, sive concessum libere in BURGENSATICUM, sive in Feudum, per quemcumque contractum non possunt alienari, nec in alium transferri quocumque titulo SINE VOLUNTATE DOMINI REGIS; & sic patet quod jura Regalia in possessione privatarum personarum existentia de voluntate Regis, DICUNTUR ESSE JURA REGALIA, ET NON PRIVATARUM PERSONARUM illa possidentium; & ideo prohibita est omnis alienatio ab eis, sicut est prohibita possidentibus Feuda alienatio Feudorum sine Regio assensu. Nec est mirum, quod in istis juribus Regalibus, & Feudalibus interdicitur alienatio eorum contra regulam, quae vult, quod liberis hominibus non debet interdici alienatio rerum suarum. Quia hic est ratione recti dominii, quod habet in eis: sicut habet Dominus respectu Emphytheutae, ita Dominus Rex in re-*

rebus feudalibus, *& ratione jurium Regalium*, *quæ habet Rex in eis* (1).

So ben io per altro, essere andato alcun Forense dicendo, che l' alienazione delle Regalie fatta dal Re a favor de' Privati, privata cosa facciale divenire. Non saprei però, se con tutto il criterio ciò fosse detto; imperocchè la natura di Regalia non dipende già dalla mano, in cui è, ma dall' originario dritto di esercitarla. Ne' privati non può essere per propria ragione, ma per comunicazione della Sovranità, a cui appartengono, e in di cui nome ritenerle può colui, al quale venga taluna comunicata.

Ogni regalia vien da' dritti del Principe; questi dritti, o son communicabili a' privati, o non lo sono. Que', che sono incomunicabili, non possono i privati averne, che la delegazione, tali sono il batter la monete, l' armamento, e direzione dell' Esercito, la Giurisdizione, e cose simili; que' poi, che comunicabili sono, ne hanno i privati l' amministrazione, e i Proventi, ritenendone sempre il Principe il supremo dominio; a questa specie attengono i Feudi, gli Officj, i Vettigali, e somiglievoli. Ma nè gli uni, nè gli altri possono in modo dalla Sovranità distaccarsi, in guisa, che cambiando natura pri-

(1) *Ad dict. Const. n.* 5.

privante cose diventino. E non sarebbe strano, che alcun tale avesse il dritto d'esigere un dazio, e che il Vassallo, il quale può solo dalla man del Principe esservi obbligato, lungi dal riconoscere nel Privato la mano del suo Re, che a pagar lo astringe, vegga anzi la mano d'altro Vassallo, come se per sua ragione potesse costui imporgli un' aggravio?

Così Ulrico Ubero: *Jura majestatis vulgo dicuntur incommunicabilia, cum his scilicet, qui Imperio subditi sunt, ac uti salva, & integra maneat summa potestas in eo, quo jura quædam cum aliis communicat. Multo fortius dicendum, quod alienari nequeant; tametsi exercitium aliis committi possit* (1). *Quod attinet minora majestatis jura quo minus pleraque illorum revocabiliter, aut in perpetuum cum inferioribus potestatibus communicantur, ratio juris non obstat. Unde in Feudum concedi possunt iis, qui vere manent subditi* (2).

E con più precisione Gio: Cristofaro Lynker; *Nec etiam cum auctore faciendum est, quasi minora Regalia, sive jura Majestatis possint in totum exercitio tenus aliis committi, majora vero non posse. Nam hactenus par est ratio omnium*

ju-

(1) *De jure Civitatis lib. 1. cap. 20. de alienatione, & exercitio jurium majestatis §. 1.*

(2) *Ibid. §. 9.*

jurium Majestatis, *& nisi in minoribus ultimum quoque sibi reservet Princeps*, *ne quidem Majestatem*, *quod tenet*, *dici potest* (1).

Nè ad altro modo può vedersi aver tal differenza trattato *Tommaso Arumeo*, quantunque nella definizione di ciascuna Regalia alquanto dall' *Ubero* diverso (2), il *Bocero* (3), *Gaspare Zieglero* (4): E tra' nostri il dottissimo *Fabio Galeota*, il quale riflettendo la stessa opposizione che si fa da Nicastro, riprende così: *Hæc enim adversarii inventa tantum mente revolvendos horret animus*, *ne in hæresim juris communis*, *& municipalis*, *si consentiam*, *incidam* (5).

Se però volesse ben intendersi quell' espressione *alienare*, non potrebbe andar confusa con quella di *concedere*, avendo fra loro un significato assai diverso. Intendono i Forensi per alienare allora, che talmente communica il Sovrano al suo Suddito la Regalia, che interamente se ne spoglia, e fa sua cosa divenirla. Intendono poi per con- ... ces-

(1) *Commentar. ad Huber. de jure Civit. lib.* 1. *cap.* 20. *nota A.*

(2) *De jure publico discursu* 30. *cap.* 3. *de juribus Majestatis Regis*, *sive Regalibus art.* 47. *& seqq.*

(3) *De Regalibus cap.* 2. *n.* 3. *& seqq. & cap.* 3. *n.* 192.

(4) *De juribus Majestatis lib.* 2. *cap.* 6. §. 5.

(5) *Resp. Fiscal.* 12. *n.* 130.

cessione quando la Regalia si trasferisce, ma con tal dipendenza dalla Sovranità, che possa per alcun modo a quella ritornare. La prima è una vera cessione, la seconda precisamente concessione si dice (1). Con quella sembra acquistarsi dal Privato l'intera proprietà della Regalia, non restando al Sovrano, che la sola Superiorità, la quale dal dominio eminente sulle cose del suo Regno dipende. Con questa ne acquista il Privato il semplice esercizio per quel tempo nella concessione stabilito, riserbandone il Principe non solo gli effetti dell'eminente, ma eziandio del diretto dominio.

A questo modo (quantunque non allo 'ntutto alla natura delle Regalie corrispondente) sono ben combinate l'opinioni di coloro, che credono, poter i privati non solo ritenere, ma possedere ancora i dritti alla Maestà appartenenti. *Orazio Montano* favorisce tal distinzione esaminando l'oggetto del Capitolo di Ruggiero, ch'è quello di far sempre salvo, e sicuro l'interesse del Fisco; e crede comunicata la proprietà della regalia, quando speme non sievi di *Reversione*; communicato il solo esercizio, quando si fatta speranza rimanga (2).

Ma seguendo queste medesime tracce la nostra conseguenza

(1) Così Zieglero *de jurib. majestatis lib.2. cap.6. §.5.*

(2) *Montan. de Regalibus in princip. n. 41. per totum.*

za non sarà diversa, essendo la Concessione in questi termini concepita: *Johanni, suisque heredibus utriusque sexus ex suo corpore legitime descendentibus*; sicchè tanto la grazia è progressiva, quanto sienvi legittimi discendenti del Concessionario, quali estinti, torna la regalia al suo fonte, donde uscì, devolvendosi al Fisco (1).

Come dunque può dirsi alienato l' Alboraggio dal Principe al suddito, divenuto in man di costui cosa privata, se limitato è il di lui godimento all' estenzione della discendenza del Concessionario, quale terminando, ritorna al Concedente, e nel suo Fisco si confonde? Può stare nel tempo stesso *alienazione, e reversione*? Divenir cosa privata, ed esser soggetta a devoluzione estinta la discendenza del concessionario? Essere allodio, e venirn' esclusi i collaterali? Averne indipendente proprietà, e dipendere il godimento dall' esistenza de' discendenti? Questi contraddittorj convien, che si ammettano per far valere la risposta di D. Gaetano de Nicastro esclusiva del concorso di dette costituzioni.

L' altra sua objezione delle facoltà date nel Diploma, è facilmente sciolta da quanto finora abbiam detto.

Vero è, che nel Diploma diansi ampie facoltà, a vendere, alienare, affittare, e far quanto a' Giovanni, e suoi Eredi

(1) *Montan. d. n. 41. & 42.*

di dell'alboraggio piacesse: ma queste facoltà nè alterano punto la natura della regalia, nè ammettono la libera disposizione della cosa conceduta.

Non alterano la natura della regalia, mentre anche in sentenza de' Scrittori più liberi, ove sievi spente di *reversione* al Fisco, qualunque facoltà, che si accordi nell'investitura, è sempre rimessa alla necessità dell'assenso per la legge generale, che n'esclude il libero commercio, e per lo interesse del Fisco, che rimarrebbe pregiudicato (1).

Fingasi per vero, che un' ultimo Discendente del Concessionario, vendesse l'alboraggio, certo è, che secondo i termini della Concessione, dopo la morte di costui dovrebbe devolversi il Beneficio; ove si ammetta, ch'Ei possa venderlo, addiverrà, che la vendita a pro d'alcuno facendosi, che abbia discendenza, in questa l'Alboraggio prosiegua; non rimane in tal caso il Fisco nella devoluzione pregiudicato? Non le si allontana quella *reversione* meditata nell'atto del conceder l'Alboraggio?

Non ammettono la libera disposizione; giacchè in questa materia di beneficio, sebbene chi non può alienare, non può disporre per Testamento, non è però, che chi alienar possa, abbia anche per Testamento facoltà disporre. Sem-

(1) *Rosenthal. de regalibus cap.* 5. *concl.* 12, *vide additionem primam*

za penetrar ne' casi degli allodj, ne' quali molte volte taluno ha facoltà di alienare in vita, facoltà interdettali nel testare, siccome specialmente nel Padre di famiglia avviene, e nella nostra consuetudinaria successione; possiamlo nello stesso genere vedere. Quando gli abusi d'Italia avean cominciato ad introdurre ne' Feudi una indeterminata facoltà di alienare, essi eran divenuti una cosa commerciabile, tal che ogni altra privata: nondimeno la facoltà di testar de' feudi fu sempre sconosciuta, e quanto mal concorresse lo stato politico a far tacere i dritti della Sovranità, non furono essi giammai in modo pregiudicati, che per atto di ultima volontà disporsene potesse (1).

Egli è perciò, che dalle prime Costituzioni di Corrado, e Lotario non si trova giammai di Testamento, o di Fedecommesso ragionato. Tendeano quelle leggi a sradicar gli abusi già per Italia introdotti di contrattar su di tutto, o parte de' feudi; non potean già partitamente trattare del disporre per Testamento, abuso assolutamente sconosciuto in ragion Feudale, anche ne' tempi meno fausti alle Regalie.

Nè invano io mi aggiro a ravvisar ciò ne' Feudi; perocchè questi Regalie, come le altre debbon dirsi, anzi più ampie facoltà ammettono che le altre. Ne' Feudi, il Posses-

so-

(1) *Vide Hotmannum, & Cujacium super tit. Feudor. de natura successionis.*

sore ha tutti gli effetti del dominio, quantunque sia il diretto al Sovrano riserbato; nelle altre Regalie la sol' amministrazione, e percezion degli emolumenti si trasfonde nel Concessionario, il dominio sì utile, che diretto è del Sovrano.

Ma il sostener Noi, che facoltà non avesse Giovanni il Giovine di soggettare ad agnatizio fedecommesso l'alboraggio, non resta pregiudicato dalla facoltà concessa al primo beneficiario, e a' suoi Eredi di alienarlo; da che tal permesso deve intendersi tuttora *salvo assensu Domini*, siccome tutti generalmente sostengono, e coloro in particolare, i quali dalla speranza della *reversione* al Fisco trovano sempre la Regalia presso il privato nel suo vero essere (1).

D. Gaetano Nicastro scorre ad esempj; dice, che le Partite di Arrendamento essendo un vettigale, anche dovrebber la natura stessa di Regalie serbare, se i nostri principj fosser veri; ma al contrario le partite non soggiaccciono ad alcun nodo, e son nel libero commercio.

L'esempio non quadra. Ne' vettigali dobbiam distinguere il *Concessionario*, il *Redentore*, il *Pubblicano*. Confonder questi termini è un applicare a un ceto la qualità dell'altro. Il *Concessionario* per mano del Principe, nel quale è il dritto d'imporre, ed esigere il vettigale, ha di quello l'amministrazione, e il dritto di percepirne gli emolumenti. I *Redentori* sono Appaltatori del fruttato del vettigale. I *Pubblicani* ne sono gli esattori. I Con-

(1) *Galeot. resp. fisc.* 12. *n.* 133.

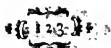
I Consegnatarj degli Arrendamenti son quelli appunto, che chiamansi *Redentores*; poichè Essi col. danaro, che han passato al Fisco hanno appaltato il frutto, che dal Vettigale perviene. E' in libertà del Principe toglier loro tal' appalto, rimettendo le cose nel primo piede, cioè restituendo loro il presosi danaro. Costoro, non ritengono la regalia, bensì l'appaltano, e perciò non si confondono con quelli, de' quali tratta la Costituzione.

Diversamente non è per le Partite de' Fiscali: i creditori Fiscalarj son tanti Redentori, a' quali restituendo il Re i loro capitali, toglie quando le piaccia, il dritto d'esigerne dalle Università la rendita.

Quall'analogia possono tali ceti avere co' Concessionarj della Regalia, a' quali non può ordinariamente quella più togliersi; essendo in essi trasfuso l'esercizio de' dritti comunicabili della Sovranità nell' amministrare, e percepire i frutti del Vettigale?

Vorrebbe però D. Gaetano, che per valer tali conseguenze si avesse nella concessione alcuna parola, che dinotasse la concessione con termini feudali concepita, cioè essersi la Regalia in feudo conceduta.

Ma qual bisogno v'ha d'essersi la Regalia conceduta in feudo? Forse la qualità feudale ha più restrizioni, che la Regalia in genere non abbia? Non dimandasi quì, se l' alboraggio fosse in feudo conceduto, si dimanda bensì, se l' alboraggio sia una delle Regalie, e se il Concessionario avea facoltà di disporne per Testamento. La qualità feudale si avrà in considerazione per confronto alla Burgensatica, ove si disputi, se taluna cosa siesi conceduta

in

in feudo, o in allodio: ne sarà tutto inutile il riflesso, quando per la Marchesa Torres si ripete, che l'alboraggio non è feudo, non è Officio, non è Burgensatico, ma è Regalia; se sia Regalia è la disputa, e se come tale ammetta facoltà di testare.

Del resto tanto è poco del caso tal' esame, che anzi, ancorchè in Burgensatico la Regalia conceduta, sempre che speranza sievi di *reversione* al Fisco, gli stessi legami disposti da Ruggiero avvincono la facoltà di soggettarla a fedecommesso. Giacchè l'esser feudale, o allodiale è una qualità, che non toglie, nè aggiugne alcuna cosa alla Regalia, la quale è un terzo genere di cose, non già feudo, nè allodio.

Per un dippiù potrà vedersi nelle Concessioni de' stessi Principi Aragonesi, che i termini di Burgensatico, o d'Allodio non son neppure adattabili al caso; da che quando in que' tempi le Regalie voleansi in allodio concedere, espressamente si dichiarava. S'ha negli atti valevole documento di Concessione dello stesso Re Ferrante, colla quale investì Otino di S. Basilio del dritto della Pescagione di S. Isidero, e apertamente in essa dinotasi così *IN BURGENSATICUM, ET BURGENSATICORUM NATURAM*; e quindi datali anche la libertà di vendere, alienare, e farne quanto le paciesse, viene a questo modo il Regal animo espresso: *TAMQUAM VERUS PROPRIETATIUS, ET PATRONUS*.

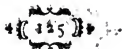
In questa specie di Concessione, nella quale non solo in allodio si concede, ma quel ch' è più si trasfonde la *pro-*

prie-

prietà, il *Dominio* della *Regalia* ; quanto mai possa dirsi tal trasfusione abusiva, non di meno il voler del Sovrano forma una legge, di cui altro esame non convien fare in appresso senza oltraggio del Concedente. Non così poi certamente allora, che nè di *Burgensatico* si favella, nè di *proprietà*, nè di *dominio*, termini, ch' esprimono una vera, e perfetta alienazione della *Regalia* dal Sovrano al privato; in questo la semplice amministrazione, il dritto di percepirne i frutti, gli emolumenti si trasfondono solo, il *diretto dominio*, la *proprietà* son sempre nel Principe, al quale la *Reversione*, estinta la legittima discendenza, si appartiene.

Nè poco al proposito conduce, quanto nel 1675. Filippo III. per gli Officj ordinò: questo saggio Principe vedendo l'abusiva intelligenza alle leggi del Regno data, onde dell'espressioni facoltative di alienare, o dall'aggiunta qualità di Burgensatico, valer non si faceano i *Statuti* di Ruggiero, e di Friderico intorno la loro proibita alienazione; chiaramente spiegò, nè tali termini facoltativi, o di qualità di Burgensatico, nè la disegnazione in perpetuo, facessero eccezione alla general regola del divieto, dichiarò anzi dover tali Regalie lo stess' ordine di succedere serbare, che pe' beni Feudali trovavasi stabilito (1).

E quan-

(1) *Pragm. 7. de Offic. Reg. Majest. & ejus Vicereg. collat. spectantib.*

E quantunque contro la chiarezza di questa legge opponga D. Gaetano, che quì di officio non si ragiona, trovandosi dalla Regia Camera dichiarato officio l' alboraggio non essere, è non di meno un far oltraggio alla legge tergiversandone il sentimento. Il divieto di Filippo non è una legge nuova, è una conferma delle antiche leggi del Regno, liberandone l' intelligenza dalle sinistre interpetrazioni. Le leggi del Regno, delle alienazioni particolarmente degli officj non ragionano affatto, trattano esse in un fascio di tutte le *Regalie*; sicchè quella legge medesima, che ogni *Regalia* proibisce alienarsi, quella stessa degli *officj* tratta, e ne divieta il commercio. Il dubbio spianato dalla Prammatica non dipende dall' inusitato valor della Costituzione, bensì dalle nuove forme di concedere introdotte. Venendo dunque il Sovrano alla dichiarazione del niun peso, che aver debbono, contro la forma dello Statuto, le formole novelle, quantunque di cosa particolare si trattenga, la risoluzione del dubbio è generale, ed in tutti gli analoghi casi, adattarsi bisogna, semprecchè per le fauste espressioni d' un Diploma sovvertir si pensi il naturale intendimento di un Diploma, e il vigor delle Costituzioni di Ruggiero, e Federico.

Per vedersi ciò al maggior giorno, si osservi, che la Prammatica così dispone, non per la natura particolare dell'Officio, ma per la natura di Regalia insita nell' officio stesso; di fatti è così, che comincia: HA PERECIDO DECLARARIQUE LOS CONCESSIONARIOS DE LOS OF-

OFFICIOS, QUE SEN DE MI REGALIA. Sicchè quegli *officj* dalla *Regalia* non dipendenti non comprende la legge, ed a quegli spetta della Sovrana *Regalia*; onde non perchè *Officj*, ma perchè *Regalie*, quantunque in *Burgensatico* conceduti, soggetti vengono alla proibitiva di alienarli, e la stessa successione meritano, che le grazie de' Principi han pe' Feudi accordato.

Dopo tutte tali riflessioni chi sarà, che non conosca vera la mia proposizione, che Giovanni de Nicastro il Giovine non potea col suo Olografo Testamento avvincer di nodi la succession dell' alboraggio disposta da' primi Sovrani Aragonesi per la discendenza d' ambedue i sessi del primo Concessionario?

IO sono a capo d' ambedue le proposte dimostrazioni, e per quanto appartiene al fedecommesso di Prudenzia Lombardo, e per quel, che spetta all' Alboraggio di Manfredonia. Il risultato delle mie riflessioni sulla causa questo esser dovrebbe: *Sententiam contra tam manifesti juris formam latam nullas habere vires* (1).

Casa li 30. Gennajo 1793.

Sebastiano Iacampo

(1) *L. 2. C. quando provocare non est necesse*.